הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב
בשיתוף עם
לשכת עורכי-הדין – ועד מחוז תל-אביב

ספר השנה של המשפט בישראל

תשנ"ב—תשנ"ג

עורך: פרופ' אריאל רוזן-צבי
דיקאן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב

סגן-עורך: חנוך שינמן

חברי המערכת:
אלדר בן-רובי, איל ינון, עמר כהן, לימור מרגלית, יסמין קשת, מיכאל רונן

הוצא לאור על-ידי ועד מחוז תל-אביב — לשכת עורכי-הדין

9

דיני משפחה

אריאל רוזן־צבי*

תחום דיני המשפחה מתחיל להראות בשנים תשנ"ב ותשנ"ג, לאחר שנים של קיפאון, ניצנים של התפתחות, שעיקרה בפעולות בית־המשפט העליון, והיא מהווה בסיס לשינוי רחב יותר, המאפיין את השנה הנוכחית.

אחת מנקודות החיכוך המרכזיות של דיני המשפחה בישראל היא יחסי־הגומלין בין הדין הדתי לדין האזרחי. סקירה זו תעסוק בהיבט המהותי של יחסי־הגומלין שבין הערכאות השונות (כולל סוגיית הסמכות) ובנסיון המערכת להתמודד עם ריבוי הליכים וריבוי ערכאות, אך עיקר הדיון יעסוק בדין המהותי. בצד דיון בעניינים המשיקים לדיני המשפחה, אם כי אינם ענייני המעמד האישי, כמו הסמכות לדון בגיור שנעשה מחוץ לישראל והמשך הרחבת הזכויות של מוסד הידועים־בציבור, ייערך דיון בכמה החלטות מרכזיות בסוגיית הורים וילדים, שעיקרן הוא היחס בין זיקת הילד למשפחה, לחברה או למדינה לבין טובתו, כמושג יחסי מורכב, רב־פנים ומושפע מתנאי זמן, מקום והשקפת־עולם.

הסקירה אף תעסוק בהמשך המגמה המופעלת בשנים האחרונות בקשר עם הרחבה של חזקת השיתוף, הן בסוג הנכסים שהחזקה מוחלת עליהם, הן בהיקף הנכסים והן בתנאים הנדרשים להוכחת השיתוף.

הפסיקה בשנה זו לא פסחה אף על נושא מזונות בן־זוג והיחס בין הדין הדתי לדין האזרחי. מערכת יחסים זו הוכרעה חלקית בפסיקה, אולם נותר עדיין כר נרחב להתפתחות הסוגיה בעתיד, כמוצע ברשימה להלן.

1. פתח־דבר: לקראת שינוי "כללי המשחק"
2. סמכות ופגמים בהליך
   א. סמכות ומהות
   ב. גיור
   ג. בית־הדין: מעמדו כרשות שיפוטית וכמוסד דתי
   ד. פגמים בהליך
3. הידועים־בציבור כהסדר דמוי־נישואין
4. הורים וילדים
   א. טובת הילד
   ב. אימוץ
5. שיתוף נכסים
6. מזונות בין בני־זוג: בין הדין הדתי להסדר האזרחי

---

* פרופסור מן המניין, דיקאן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב.

1. פתח־דבר: לקראת שינוי "כללי המשחק"

1.9 תחום דיני המשפחה מתחיל להראות בשנים תשנ"ב—תשנ"ג ניצנים של התפתחות, שעיקרה בפעילותו של בית־המשפט העליון. שנים אלה הן בבחינת ראשית ראיה להתפתחות רחבת היקף, יצירתית וחדשנית, המאפיינת את השנה הנוכחית, שנת תשנ"ד.

בסקירה ובניתוח של הפעילות המשפטית בשנים אלה אתייחס לסוגיות מספר, שחלקן מאופיינות בשאלת הגבולות בין ערכאות השיפוט וחלקן ביחסי־הגומלין בין הדין הדתי למשפט האזרחי. כמו־כן אעמוד על שתי סוגיות שהורתן ולידתן במשפט האזרחי והתפתחותן הינה הדרגתית ובאחרונה אף מואצת יותר (הידועים בציבור ושיתוף נכסים).

2.9 אף־על־פי שאין בכוונתי לדון בפסיקה החדישה, שניתנה במהלך שנה זו, ברצוני להעלות רק קו־מחשבה מקדים אחד לקראת ספר־השנה של שנת תשנ"ד, הצפוי לעסוק בהתפתחות פסיקתית זו, במיוחד לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

באחרונה ניתנו כמה פסקי־דין עקרוניים ותקדימיים. גם פסקי־דין אלה נוגעים בסוגיות הספציפיות השונות, כגון הרחבת הזכויות של הידועים־בציבור,[1] החלה של חזקת שיתוף נכסים בבית־הדין הרבני[2] וביטול סעדים בגין שלום־בית שהוציא בית־הדין הרבני.[3] אולם מעבר לחשיבות הגדולה של הסדר סוגיה זו או אחרת ופתרון מצוקות ספציפיות, נודעת חשיבות לכמה עקרונות בסיסיים.

3.9 ראשית, בית־המשפט אינו נרתע עוד מהתייחסות בעלת אופי אידיאולוגי או מהסדר תחום מתחומי המשפחה במישור הסימבולי. זכותה של ידועה־בציבור ליטול את שם המשפחה של הידוע־בציבור שלה הוא התפתחות המתייחסת לא רק לעצם הרחבת ההיקף של זכויות הידועים־בציבור ולא רק להצבר הזכויות הממשיות, אלא נוגעת גם באופי הזכות, במשמעות החברתית והסמלית המיוחסת לה ובהשלכותיה על הגדרת הנישואין והמשפחה, על מוסד הנישואין ועל דרכי התקשרות חלופיות בין אנשים.

4.9 שנית, בתי־הדין אינם מצויים עוד בחממה מוגנת של תחולה מוגבלת של המשפט האזרחי. הכלל שלפיו רק חיקוק שהופנה ישירות לבית־הדין מחייב אותו אינו משקף את המצב הקיים. הדין האזרחי הוא חלק מן הדין המחייב את בית־הדין בדונו בעניינים החורגים מענייני המעמד האישי במובן הצר. למעשה, התהפך הכלל על פניו. הוצאת דין ישראלי אל מחוץ לתחומו של בית־הדין היא הטעונה הוכחה, ולא היפוכו של דבר.

הטלת חלקים גדולים מן הדין האזרחי על בית־הדין הרבני, בדונו בסוגיות

---

1. בג"צ 693/91 **אפרת נ' אפרת**, פ"ד מז(1) 749.
2. בג"צ 1000/92 **בבלי נ' בבלי** (טרם פורסם).
3. בג"צ 3914/92 **לב נ' לב** (טרם פורסם).

רכושיות, בפרשת **בבלי**, אינו רק השוואת זכויות האשה, מניעת הפליה והענקת נכסים המגדילים את כוח המיקוח של האשה ומפחיתים את כוחו של איום הסחיטה במאבק הגירושין. התפתחות זו מביאה בעקבותיה גם את ביטול הקשר הגורדי של הכלל שלפיו הדין הולך תמיד אחר הדיין. בכך מעמיד המשפט הישראלי מכנה־משותף אחיד, רחב יותר משהיה עד כה, ורותם גם את בית־הדין להשגת הרמוניה משפטית.

5.9 שלישית, עקרונות־היסוד וכללי־היסוד של שיטת המשפט הישראלית חלים מכוח עצמם גם בבית־הדין הדתי. יתר על־כן, סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע את חובת הכפיפות של כל רשות מרשויות השלטון לכיבוד הזכויות שלפי חוק־היסוד הזה. חוק־היסוד מופנה למערכת השיפוטית בכללה ולמערכת השפיטה הדתית כחלק ממנה.[4]

בתנועת מלקחיים חד־משמעית, הטיל בג"צ על בית־הדין הן את כללי המשפט האזרחי[5] והן את עקרונות־היסוד הקונסטיטוציוניים, המעוגנים בחוק־היסוד או שאינם כתובים עלי ספר.[6] בעשותו כן, שינה כליל את "כללי המשחק" שנהגו במערכת יחסי הכוחות בין הערכאות, הן בשאלת הדין הנוהג בבתי־הדין הדתיים ובשאלת היקף התחולה של הדין ה"חילוני", והן ממילא בשאלת ההיקף של התערבות בג"צ בפעולת בית־הדין ובהחלטותיו.

6.9 אופן ההתארגנות של המערכת הדתית והסתגלותה לפסיקת בג"צ יקבעו את דרך ההתפתחות העתידית של הדין. פסקי־הדין משאירים שאלות רבות פתוחות. כך, למשל, הגדרת ענייני נישואין וגירושין שעל הכרעתם לא יחול הדין האזרחי יכולה להיות צרה או רחבה. בית־המשפט יכול להיות מעורב בהגדרה או להניח את היקף ההגדרה לבתי־הדין הדתיים. הדרך שבה ינקטו בתי־המשפט תלויה, בין היתר, בגישתם של בתי־הדין ובאופן שבו יטמיעו את ה"מסר" של הפסיקה החדשה.

הדרך לפסיקה החדשה נסללה באמצעות חוק־היסוד המשוריין, שעניינו כבוד האדם וחירותו. הפרשנות שלפיה גם בתי־הדין מחויבים לחוק וכפיפותה של החקיקה מכאן ואילך לאיזונים המתחייבים ממנו היוותה לא רק השראה לפסיקה, אלא שימשה לה, במידה רבה, גם בסיס משפטי.

7.9 היקף התחולה של עקרונות־היסוד, כמו גם היקף תחולתו של חוק־היסוד

---

4. א' ברק "המהפכה החוקתית וזכויות אדם מוגנות" **משפט וממשל** א (תשנ"ב) 9, 26. בג"צ 3914/92 **לב נ' לב, לעיל** הערה 3, פסקה 15, וראו גם פסקה 14.
5. בג"צ 1000/92 **בבלי נ' בבלי, לעיל** הערה 2.
6. **שם**, פסקות 28 — 31; בג"צ 3914/92 **לב נ' לב, לעיל** הערה 3. כבר בבג"צ 1689/90 **עאסי נ' בית הדין השרעי איזור התיכון**, פ"ד מה(5) 148, יש מחלוקת בין השופט ברק, הסבור כי פרשנות חוק החל על בית־דין דתי (במקרה זה שרעי) נעשית, בין היתר, על רקע עקרונות־היסוד של שיטתנו, לבין השופט אלון, החולק על פסיקה זו ואינו מקבל את עקרונות־היסוד כקנה־מידה להתערבות בפסיקת בית־דין דתי.

על בתי־הדין, על ענייני המעמד האישי בכלל ועל תחום הנישואין והגירושין בפרט, אינם ברורים עדיין. שאלת היקף התחולה של הוראות אלה נמצאת רק בתחילת בירורה. השאלות הן רבות, ובין היתר:

(1) מה כלול ב"דין הקיים" כמשמעותו בסעיף שמירת הדינים (סעיף 10)? יתר על־כן:

> "אף שהדין הישן... נשמר... הרי פרשנותו, איזוניו הפנימיים, והפעלתו צריכים להיות מושפעים ממעמדן החוקתי של זכויות האדם (ראה בש"פ 6654/93 **בינקין נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם)."[7]

מי שקורא נכון את הרטוריקה השיפוטית יבין על נקלה, כי כל אימת שקיימת השלכה של הזכויות המעוגנות בחוק־היסוד על הדין הקיים, ייערך דיון מחודש בדרך סיגולו והתאמתו ל"מעמדן החוקתי של זכויות האדם." ממילא עשויים גם חלקים מן הדין הקיים לעבור תהליך של התפתחות והתחדשות, עד לשינוי פניהם לבלי הכר כמעט. ואידך זיל גמור.

(2) כיצד יש לערוך את נוסחת האיזון "הפנימית", שמשמעותה איזון בין זכויות מוגנות שונות?

(3) כיצד יש לפרש את פסקת ההגבלה (סעיף 8) לגבי תחום ענייני המעמד האישי?[8]

(4) מהי ההשפעה של סעיף המטרה (סעיף 1) על בחינת הפרשנות של חוק־היסוד ואיזונו עם הוראות של חוקים אחרים?

(5) כיצד, אם בכלל, ניתן למיין הוראות חקיקה בדיני משפחה הפוגעות בזכויות הכלולות בחוק־היסוד? האם יש להבחין בין לב ההסדר הדתי לבין הסדרים רכושיים, כספיים או נלווים אחרים?

על כל השאלות האלה ועל אחרות אשתדל לעמוד בהרחבה בשנה הבאה.

2. סמכות ופגמים בהליך

א. סמכות ומהות

8.9 שאלת הסמכות בתחום דיני המשפחה היא בעלת אופי מיוחד בכמה מובנים. ראשית, הפורום השונה, פיצול הסמכויות הקיים בשיטה ולעיתים גם ההשפעה של הפורום על הדין מחייבים התייחסות שונה אל שאלת הסמכות. שנית, סכסוך בתוך המשפחה הינו בעל רגישות מיוחדת ועלול להשפיע על שלומם

---

7. בג"צ 3914/92 **לב נ' לב**, שם, פסקה 13 סיפא.
8. על האיזון ה"פנימי" וה"חיצוני" ועל דרך האיזון ופרשנות הוראות חוק־היסוד, ראו א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" **משפט וממשל** א (תשנ"ג) 253.

וטובתם המיידית של ילדים וכן על מעגלים רחוקים יותר של קרובי משפחה. שלישית, בסכסוכי סמכות חייב בית־המשפט לבחון את השאלות המהותיות. ניצול לרעה של סכסוך הסמכויות הוא פיתוי חזק, שיש להיאבק בו באמצעות התייחסות מהותית, ולא בגישה פורמלית. עם זאת אין להתעלם מן הצורך בוודאות וביציבות. היעדרן של תכונות אלה מזמין ריבוי התדיינויות, מזין את אש המחלוקת ומלבה את סכסוך הסמכויות.

9.9 באחד המקרים[9] הביע בית־המשפט את דעתו כי אין לטפח את הנטייה של הפרקליטים, הבאה לידי ביטוי בולט בתחום של סכסוכי משפחה, לפתוח בהליכים מקבילים ולקיימם בכמה ערכאות משפטיות בעת ובעונה אחת. כדי להילחם בתופעה זו, ממליץ בית־המשפט לא להיענות לבקשות לעיכוב דיון בערכאה אחת עד להכרעה בערכאה אחרת. באותו מקרה נעתר בית־משפט קמא לבקשה לעיכוב הדיון. בית־המשפט העליון סירב להתערב, אף־על־פי שלשיטתו היה עליו לעשות כן, רק מכיוון שביקש להימנע מסכסוך סמכות נוסף.

10.9 הגישה השיפוטית, שלפיה על המערכת לפעול בכל הדרכים העומדות לרשותה כדי לשרש ריבוי התדיינויות ולמנוע מאבקים בתחום של סכסוך הסמכויות, נכונה הן מבחינת המערכת והן מבחינת טובתם של הצדדים המעורבים. אין לעודד את הצדדים להרבות בהליכים ולגרור את המשפחה לתוך פקעת סבוכה של צפעוני התדיינות בשולי הסכסוך. התופעה דוחפת את הצדדים לקרע גדול יותר ויוצרת לחצים נפשיים מיותרים על יחידי המשפחה, כולל הילדים, הנקלעים לתקופה ארוכה של אי־יציבות ואי־ודאות ומוטלים בעל כורחם לתוך מערבולת של הזדהויות עם הורה זה או אחר. יתר על־כן, ריבוי התדיינויות והתארכותן גוררים ברוב המקרים ניצול מצוקתו של הצד החלש יותר והעמיד פחות מבחינה כלכלית ונפשית או של הצד הלהוט יותר להתיר את קשר הנישואין. האמצעים השיפוטיים שמעמידה השיטה לצד החפץ להתיש את בן־זוגו מסייעים להעלות את מחיר הגט ותורמים ל"תרבות הסחטנות" הרווחת בתחום זה.

11.9 המערכת החברתית והשיטה המשפטית בכללותן יוצאות נפסדות מריבוי התדיינויות. אילוץ המערכת להשקיע אנרגיה וזמן שיפוטי מיותרים וגביית מחיר כלכלי מן המתדיינים והחברה אינם מקדמים תהליכים נכונים ואינם מטפחים ערכים הולמים של אופני הכרעה ראויים בסכסוכים בתוך המשפחה. המסר של ריבוי התדיינויות בערכאות שונות מעכב את יכולת ההסדר בדרכי שלום או באמצעים של פשרה. ריבוי סכסוכים על גבולות הסמכות בין ערכאות שונות משליט אווירה של אפולוגטיקה ווכחנות בחברה ויוצר עודף של התדיינויות־סף פורמליסטיות בשיטה המשפטית.

12.9 גם בהליך אחר שנדון על־ידי בית־המשפט העליון[10] נבחר פתרון מהותי

---

9. רע"א 2598/91 **וולפסון נ' וולפסון**, פ"ד מה(5) 816.
10. רע"א 3798/90 **הורנפלד נ' הורנפלד**, פ"ד מה(5) 393.

כדי למנוע פגיעה אפשרית באשה. בית־המשפט קבע, כי בית־משפט השלום אינו מוסמך לפעול מכוח הסמכות המסורה לו במסגרת דיני הקניין בעילות שיסודן בדיני המשפחה (מדור בלתי־מופרע). למרות חוסר הסמכות העניניני, עיכב בית־המשפט, למשך שלושה חודשים, את ביטול צו־המניעה הקבוע נגד הבעל שהוציא בית־משפט השלום ואשר אושר על־ידי בית־המשפט המחוזי. הוא עשה כן כדי לאפשר לאשה להגן על עצמה באמצעות פנייה לערכאה המתאימה בהליך הולם. בית־המשפט הפעיל את שיקול־הדעת המסור לו במסגרת סמכותו הכללית והרחבה למתן סעדים לשם הגנת האינטרס של האשה, לאור העובדה ששתי הערכאות הקודמות מצאו כי צפויה לה סכנה של פגיעה מצד בעלה.

ב. גיור

13.9 המרת דת אינה מענייני המעמד האישי. הכרזה על תוקפה של המרת דת שנעשתה מחוץ לישראל אינה בסמכותו של בית־הדין הרבני, אלא בסמכותו של בית־המשפט המחוזי. מכאן שגם הסכמת הצדדים אינה מועילה להקניית סמכות לבית־הדין. חוסר הסמכות העניינית הופך את הדיון בבית־הדין לחוסר סמכות פונקציונלית.[11]

במקרה שהובא לפני בג"צ[12] נידון עניינה של קטינה שגויירה בארצות־הברית ואומצה על־ידי זוג ישראלי. על בסיס ההלכה שנפסקה בעבר, נרשמה הקטינה כיהודייה במרשם האוכלוסין על סמך תעודת הגיור שהוצגה לפקיד הרישום.[13] הורי הקטינה ופקיד משרד הפנים הוטעו לחשוב שהכרעת בית־הדין משמשת בסיס לפעולת השלטון, והגישו לבית־הדין בקשה להכרה בתוקף הגיור. בית־הדין הטיל ספק בכשרות הגיור עקב התנהגותם של ההורים המאמצים לאחר הליך הגיור. על בסיס היוזמה שנקט בית־הדין, הוא דחה את הבקשה לאישור הגירות והעמיד לפני הקטינה תנאים נוספים לשם הכרה בגיורה. אולם, כאמור, הרישום נעשה מכוח הלכה פסוקה קודמת.

14.9 בזאת תם הדיון לכאורה, אולם בג"צ לא הסתפק בכך. בהערת־אגב מנתח בית־המשפט את דרך פעולתו של בית־הדין ואת מסקנתו. הוא מבקר את הדרך שבית־הדין הגיע בה למסקנתו, אך מעבר לביקורת, הוא גם שולל את תקפות הממצא וממילא גם את ההכרעה המשפטית. השופט ברק מתייחס לנפקות פסק־הדין הרבני אך ורק לעניין המרשם. הוא סבור כי פרשנות המונח "מי שנתגייר" לצורך שבות ומרשם מחייבת את הגבלת הבדיקה של בית־הדין למועד שבו נערך הגיור. הגבלה זו עולה בקנה אחד עם השאלה שהעמיד הפונה להכרעת בית־הדין, שעניינה נפקותה הדתית של פעולה מסוימת שאירעה בזמן נתון. הקביעה בחוק כי

---

11. בג"צ 3023/90 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מה (3) 808.
12. שם.
13. בג"צ 264/87 תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל אוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג(2) 727.

"יהודי" הוא מי "שנתגייר", לצורך חוק השבות ובעקבותיו חוק מרשם אוכלוסין, מפנה לכאורה לפעולה משפטית מגובשת שעניינה פעולת הגיור. לאור זאת בוטל פסק־הדין של בית־הדין הרבני.

בהערה אגבית זו על האופן שעל בית־הדין להתמודד בו עם מתן תוקף לגיור שנערך בחו"ל מקבל המונח הדתי "גיור", המופיע בחוק, משמעות חילונית מובהקת. בית־הדין או הדין הדתי מתבקשים לענות רק תשובות חלקיות בלבד, ולא למצות את מלוא התשובות הדתיות, המשתרעות על פני התחום כולו. במקרה זה, לפי גישת השופט ברק, התבקש בית־הדין לבחון את פעולת הגיור במועד עריכתה, ולא את מעמדו ותוקפו של הגיור ביום הדיון.

15.9 בכך ממשיך בית־המשפט שיטה משפטית רווחת בתחום יחסי הדת והמדינה בישראל. בית־המשפט מנסה לגבש דרך שתיישב בין הדין הדתי והמוסדות הדתיים המשולבים בחקיקה הישראלית לבין המשפט הישראלי. דרך כזו של סיגול והתאמה מוציאה כל אחת מן המערכות וחצי תאוותה בידה. היא מנסה לגשר בין הפערים ולצמצמם. דו־קיום זה הינו בעייתי מלכתחילה, הן במישור העקרוני והן במישור היישומי. גישתו של בית־המשפט היא בבחינת הכרח בל יגונה, אולם היא מעוררת כמה קשיים עקרוניים:

16.9 ראשית, פסיקת בית־המשפט יוצרת מצב שבו התוכן הדתי הנמזג למושג הדתי, השאוב מן הדין הדתי (כגון "גיור"), הכלול בחקיקה הישראלית, הוא חלקי ומוגבל מראש. ההסדר המתקבל בעקבות זאת אינו עולה בקנה אחד עם התשובה המלאה והמדויקת שהיה הדין הדתי נותן אילו התאפשר לו הדבר. תופעה כזו ידועה בפסיקה עוד מימי הפיצול בין פרטי הזכות הנובעת מן הדין הדתי לבין קביעת הזכאי לה. בית־המשפט קבע עוד בעבר, כי ניתן להעניק זכות על־פי הדין הדתי, המעוגנת בחקיקה, גם למי שלא יהיה זכאי לה בדין זה על בסיס הנחת־יסוד, פיקטיבית מבחינת הדין הדתי, שמעמיד המשפט האזרחי.[14]

שנית, כך נוצר חילון של מושגים דתיים לצורך פרשנות חקיקה אזרחית המיועדת לכלל אזרחי המדינה. משמעותם של המונחים הדתיים גיור, כשרות, יהודי ובן־זוג, נעשית, לתכליות ולצרכים מסוימים, שונה לגמרי מזו שהדין הדתי מייחס לה.

---

14. זה הדין בתביעת מזונות של אשה יהודייה שנישאה בחו"ל ליהודי בנישואים אזרחיים. גם אם הנישואים אינם מוכרים על־ידי הדין הדתי, ומשום כך לא היתה האשה זוכה בתביעת המזונות, היא תהיה זכאית להם, הואיל ואת הנחת־היסוד בדבר ההכרה בסטטוס הנישואים מעמיד המשפט האזרחי לדין הדתי. ראו ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141. הנחות־יסוד אזרחיות שעל בסיסן מוטל דין דתי מודגמות גם בסוגיה של תעודת ההכשר, שהרבנות נדרשת לתיתה לפי חוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג—1983, במקרים מסוימים העונים על דרישות החוק לגבי הכשרות. ראו בג"צ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673. החוק המעניק מונופול בהענקת תעודות הכשר "גובה" כנגד זה את ההגדרה האזרחית למושג הדתי של כשרות.

שלישית, גישה כזו יוצרת פיצול משמעויות וממילא גם פיצול תוצאות ומוסרת מסרים כפולים. כך, למשל, יהיה תוכן אחד לגיור לצורך חוק השבות והמרשם ותוכן אחר לצורך נישואין וגירושין. גם פיצול כזה מוכר במקומותינו. התוצאה הנובעת מפיצול כזה היא, ש"נצחונו" של העותר בשלב הראשון רק מרחיק את ההתמודדות עם הבעיה הקשה לשלב מאוחר יותר.

17.9 בית־המשפט מנסה למנוע את התרחבות הפיצול על־ידי ניסיון להגיע להסדר טריטוריאלי, ופרשות **בבלי** ו**לב** הן מאמץ בכיוון זה. בית־הדין הדתי מבקר את התוצאה שלפיה האחדות הנורמטיבית נרכשת, כביכול, באמצעות הטלת נורמות אזוריות על הדין הדתי בבית־הדין הדתי.

זה גורלו של מפגש בין הדין הדתי לחוק האזרחי ושל אכיפת נורמות דתיות בתוך מסגרת חילונית ולצרכים ממלכתיים כלליים הנקבעים בחוק. על כך כבר נאמר בשיטתנו פעמים לא־מעט, כי ההכרח בל יגונה.

ג. בית־הדין: מעמדו כרשות שיפוטית וכמוסד דתי

18.9 בהקשר זה של פעולת בית־הדין בפרשת הגיור של **פלונית**[15] נידונה שאלת מעמדו של בית־הדין כמוסד שיפוטי במשפט הישראלי. היכול בית־הדין לשמש, מצד אחד, בורר השואב את כוחו מחוק הבוררות, תשכ"ח — 1968, כנהוג הלכה למעשה מימים ימימה,[16] ולהיות, מצד אחר, מוסד דתי־הלכתי, היונק את כוחו מן הדין הדתי ומאמונו של הציבור בלבד? במקרה הראשון פועל בית־הדין על־פי הסכם בוררות. במקרה השני פועל בית־הדין מכוח סמכותו הדתית. שתי השאלות נשארו בצריך־עיון, הואיל ולא נמצאו ראיות שפניית הורי הקטינה התכוונה להיות במסגרת אחת החלופות האמורות.

19.9 בית־המשפט הגבוה לצדק מעלה שיקולים מספר המקשים על הכרה בכוח המוסד השיפוטי הדתי כחלק ממערכת זיקות אחרת: שימוש באמצעים ממלכתיים לפעילות בעלת אופי אחר מן התפקיד השיפוטי שנקבע להם, חשש לבלבול הציבור, כשרותו של גיור להוות נושא להסכם בוררות, ולגבי פסיקה הלכתית שאינה מבוססת על סמכות שבדין — גם מראית העין של הפסיקה כבעלת תוקף נורמטיבי מכוח חוקי המדינה.

ד. פגמים בהליך

20.9 לעומת זאת, נוקט בית־המשפט גישה דווקנית, נוקשה ומחמירה יותר בכל הנוגע בפגמים בהליך שהינם בעלי אופי מהותי, כמו הרכב חסר ופגיעה

---

15 בג"צ 3023/90 **פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי, לעיל** הערה 11.

16. ע"א 688/70 **דאר נ' חממי**, פ"ד כה(2) 396; ע"א 376/62 **בכר נ' בכר**, פ"ד יז 881.

בכללי הצדק הטבעי. במיוחד אמורים הדברים במקרים שהסמכות נתונה בהם לערכאות מיוחדות ונפרדות מן המערכת הרגילה, ובג"צ מפקח על מערכת זאת מכוח סעיפים 15(ד)(3) או 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה.

פגם של הרכב חסר,[17] גם כאשר הוא מתייחס רק למהלך הדיונים ולא למתן פסק־הדין, נחשב לחוסר סמכות פונקציונלית, המאיין את ההליך. להליך כזה אין תקנה לא בהסכמת הצדדים ולא בשיהוי. הטענה כאילו הבטלות מותנית בגרימת עוול כתוצאה מן הפגם נדחתה על־ידי בית־המשפט העליון. במקרה זה אין כל אפשרות ליישם את מבחן העוול והתוצאה של הפגם, שהרי אי־אפשר לרדת לנבכי מחשבתם של הדיינים שלא השתתפו בהרכב במהלך הדיונים.

21.9 כבר בעבר שימשו כללי הצדק הטבעי עילת התערבות מרכזית. פגיעה בכללי הצדק הטבעי לצורך פיקוח בג"צ על בתי־דין דתיים נחשבת לחריגה מסמכות.[18] בפרשת מ.ה.[19] זימן בית־הדין רק את בעלה של העותרת, חולת־נפש, וניהל דיון בהיעדרה. ניהול דיון בנוכחות צד אחד בלבד מהווה הפרה חמורה של כללי הצדק הטבעי. גם בתקנות הדיון בבתי־הדין הרבניים ניכרת מודעות מירבית לצורך לשמור על אותו כלל־בסיס של הצדק הטבעי.

בית־המשפט משאיר בצריך־עיון את מידת התקינות של נוהג בית־הדין לשמוע את בעלי־הדין במהלך הדיון בנפרד וביחידות; אולם בכל מקרה אין לנהוג באופן כזה בלי ששני הצדדים הוזמנו לדיון. לצורך קביעה של תוצאת הפגם, מתייחס בית־המשפט להלכות המקנות לבית־המשפט שיקול־דעת לגבי תוצאות הפרה של כללי הצדק הטבעי.[20] בית־המשפט רשאי לשקול זו כנגד זו את חומרת ההפרה מול מידת העוול ועיוות הדין שנגרמו לעותרת. מצד אחד נראה לבית־המשפט, כי הטענה שלפיה לא נגרם למערערת עיוות דין אינה נטולת משקל וכי דיון מחודש טומן בחובו איבוד זמן וחסרונות נוספים אחרים; אולם בית־המשפט רואה בנוהל שנקט בית־הדין *פגם רציני*, במיוחד לנוכח העובדה שבנסיבות העניין לא ניתן לרפא את הפגם בשלב מאוחר, ועל־כן הוא פוסק שאין להשאיר את ההליכים האמורים ואת תוצאותיהם על כנם. לאור פסיקה זו בוטל ההליך.

22.9 אנו נתקלים לעיתים בפער בין האופן שבו תופש בית־הדין את תפקידו השיפוטי לבין תפישת תפקידו השיפוטי על־ידי המערכת האזרחית. אי־אפשר לנתק את השקפת־העולם של דייני בית־הדין מאופן מילוי תפקידם. ככל שנדגיש את תפקידו הממלכתי, החוקי, של בית־הדין, לא נוכל להימלט מתודעת האחריות הדתית של הדיין ומן החובות שהוא רואה עצמו קשור אליהן מעצם קבלת המשרה ועשיית השימוש בסמכות.[21] הדיינות קשורה לחובה דתית ראשונה במעלה. "כל

---

17. בג"צ 1750/91 מסלתי נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מה(5) 360.
18. בג"צ 10/59 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד יג 1182.
19. בג"צ 3396/90 מ.ה. נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מה(3) 311.
20. בג"צ 118/80 גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד לה(1) 239; ע"פ 768/80 שפירא בע"מ נ' מ"י, פ"ד לו(1) 337.
21. א' רוזן־צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול (תש"ן) 171 — 173, 334 — 335.

דיין שדן דין אמת לאמיתו אפילו שעה אחת מעלה עליו הכתוב כאילו נעשה שותף לקב"ה במעשה בראשית."[22] כך, למשל, רואה עצמו בית־הדין מחויב עד כמה שהדבר אפשרי להחזיר את שלום־הבית לתקנו. בית־הדין אינו מסתפק בהכרעה בסכסוך, אלא רואה עצמו מחויב לפשרה ולהשכנת שלום. לשם כך הוא מוכן לנקוט באמצעים בלתי־פורמליים, שבעיני השופט האזרחי הם נחשבים לנוגדים את אופן הניהול התקין של משפט. אולם אין להתעלם מכך שחוסר הפורמליזם מטה במקרים רבים את בית־הדין לסטות ממושכלות ראשונים, שתכליתם שמירה על זכויות הצדדים והקפדה על מינימום של ניהול תקין.

23.9 בית־המשפט חייב להביא בחשבון את האיכות המיוחדת הנלווית לתפישה השיפוטית המנחה את הדיין. ביישום נכון של גישה מרחיבה, ניתן למצוא מעין הפעלה של בית־משפט למשפחה: פחות נוקשות פורמלית, שימת דגש בגישה אינטגרטיבית וניסיון להגביל את תחום הסכסוך, במטרה להביא את הצדדים להבנה הדדית ולהסדר מוסכם.

אולם סובלנות כלפי התפישה השיפוטית המיוחדת אינה יכולה לעלות כדי סלחנות כלפי תופעות החורגות מן המקובל והגוררות פגיעה בזכויות הצדדים המתדיינים, כמו גם באפיון המערכת ובחובותיה הבסיסיות. בית־הדין מחויב להבין את המציאות שהוא פועל בתוכה ולהכיר בה כבמסגרת מחייבת של פעילותו. עליו להתאים את אופי פעילותו למסגרת הסמכות ולנסיבות שהוא פועל בתוכן. על רקע האיזון בין מגמות אלה, מפקח בג"צ על פעולות בית־הדין.

3. הידועים־בציבור כהסדר דמוי־נישואין

24.9 כבר הראינו בעבר כיצד ממשיכים בתי־המשפט את המגמה של הרחבת הזכויות של הידועים־בציבור וקירוב הזכויות המגיעות להם לאלה של זוג נשוי.[23] את מקומה של הפעילות החקיקתית, ששבתה בשנים האחרונות, תופסת הפעילות השיפוטית. מגמה זו נמשכת ברציפות ובהתמדה. הוכחה לכך ניתנת בשורה של פסקי־דין שהרחיבו בדרך של פרשנות את זכויות הידועים־בציבור.

25.9 במקרה הראשון, בעניין **שנצר נ' ריבלין**,[24] השווה בית־המשפט את זכותם של ידועים־בציבור לזכותם של בני־זוג לצורך ירושת דירת־מגורים לפי סעיף 11(א)(2) לחוק הירושה, תשכ"ה — 1965. הוראות סעיף זה מקנות לבן־הזוג הנותר את הזכות לרשת את דירת־המגורים כאשר הוא יורש עם בני משפחה שאינם ילדי המוריש או צאצאיהם או הורי המוריש, בהתמלא התנאים הבאים: "היה בן־הזוג נשוי לו שלוש שנים או יותר וגר עמו אותה שעה בדירה הכלולה, כולה או חלקה, בעזבון."

---

22. גמרא: שבת י, א.
23. רוזן־צבי, לעיל הערה 21, בע' 304 — 306.
24. ע"א 714/88 **שנצר נ' ריבלין**, פ"ד מה(2) 89.

אילולי כן.[41] משך הזמן שימש גורם מכריע גם בפרשה אחרת, שנוצרה בה מציאות מסוימת של ניתוק מבני המשפחה הביולוגית במשך פרק זמן ממושך. מציאות זו לא איפשרה עוד את הבחירה בחלופה של אומנה, שהיתה עשויה, לדעת בית־המשפט, להיות פתרון עדיף אילולי תכתיבה של המציאות שנוצרה בעקבות פעולתן של רשויות הרווחה.[42] גם כאן מותח בית־המשפט ביקורת על פעולת הרשויות, שניצלו את גורם הזמן כדי לקבוע עובדות מוגמרות.[43]

49.9 גם זכותם הטבעית של ההורים הביולוגיים אינה זוכה במעמד אחיד בשני פסקי־הדין. משקלו היחסי של "קול הדם" בפרשת קונסלוס היה גדול ביותר ואף הכריע את הכף, אך לא כך בפרשת פלונים. בפרשת קונסלוס ניתנה העדפה לזכות האפוטרופסות הטבעית של ההורים, מה שאין כן בפרשת פלונים. גם בפרשה אחרונה זו מדגיש בית־המשפט את החזקה שטובת הילד היא לגדול אצל הוריו הטבעיים,[44] אולם אין הוא מייחס לה משקל מכריע בנסיבות המקרה ומעדיף עליה את גורם הזמן. אכן, הנסיבות שונות: במקרה הראשון, הניתוק בין הילדה להורים הוא פרי פשע שפל, בעוד שבמקרה השני הוא פרי הסכמה של ההורים; אולם בשני המקרים מוליכים שני השיקולים — גורם הזמן וזכות ההורים הביולוגיים — לאותו כיוון. התוצאה ההפוכה היא פרי השיקולים המערכתיים ה"חיצוניים".

50.9 צמד פסקי־הדין העקרוניים, המגיעים לתוצאות הפוכות תוך היזקקות לשיקולים דומים, מתוך אינטרסים אחרים, המעוגנים באופי העניין, מלמד לקח משותף, שלפיו משקלם של הגורמים החיצוניים גדול מן הרטוריקה של טובת הילד שאנו משתמשים בה.

יחד עם זאת, הדרך ליישוב האינטרסים החיצוניים כביכול עם ההקשר הפנימי של טובת הילד נעוצה בטענה שאינטרסים אלה, אף שהם חיצוניים לטובת הילד האינדיווידואלי, נותנים ביטוי לאינטרסים עקרוניים, המגינים, בסופו של דבר ומבחינת השיטה בכללותה ולאורך ימים, על טובת הילד במישור המושגי והעקרוני. מבחינה זו, אינטרסים אלה הם קו־ההגנה העקרוני של שיטת המשפט על המסגרת המושגית של טובת הילד.

ב. אימוץ

51.9 החלטה חשובה ומרכזית, שעניינה החזרה מהסכמה לאימוץ, נידונה

---

41. ראו דברי השופט מ' בייסקי, שם, בע' 203.
42. ע"א 3236/90 פלונים נ' הי"מ, פ"ד מה(3) 460.
43. מכיוון אחר נמתחה ביקורת על משך השהות של קטינה במוסד במשך ארבע שנים לפני שהוגשה בקשה להכרזתה כבת־אימוץ, אף כי חוסר המסוגלות ההורית היה ברור. על־אף רצונם של ההורים להשאיר את הקטינה במוסד, היה צריך לזרז את הליכי האימוץ בנסיבות אלה. ראו ע"א 3199/90 פלונים נ' הי"מ, פ"ד מה(3) 488. על סוגיה זו של התלבטות הרשויות באשר לחלופות המתאימות, ראו להלן.
44. ע"א 546/89, פלונים נ' הי"מ, לעיל הערה 38, בעמ' 201.

בפסק־הדין מסתתרת איפוא לא רק פרשנות משפטית המרחיבה את זכויות הידועים־בציבור, אלא גם הקלה ראייתית משמעותית. הקלה זו מגדילה את סיכוייו של הידוע־בציבור שנותר בחיים לזכות בדירת־המגורים.

29.9 הרחבה נוספת של זכויות הידועים־בציבור נעשתה בדרך עקיפה, בשני מובנים: ראשית, אין היא ישירה, באשר היא עוברת דרך סוגיית הסמכות. שנית, הרחבת הזכות עוברת דרך פרשנות מצומצמת של סמכות בית־הדין הרבני וכרוכה בה. הפרשנות התמקדה בסמכותו של בית־הדין הרבני לתת צו־ירושה, הקבועה בסעיף 155(א) לחוק הירושה. הסמכות מותנית בהסכמת "כל הצדדים הנוגעים בדבר לפי חוק זה."

האם ידועים־בציבור הם צד נוגע בדבר? אם התשובה חיובית, האם ההסכמה לדיון צריכה להינתן גם לצורך הדיון בשאלה אם פלוני מקיים את התנאים הנדרשים להיותו ידוע־בציבור? האם קביעת ממצאים עובדתיים והכרעות משפטיות בסוגיה זו היא עצמה מחייבת הסכמה מצד מי שעשוי להתברר בסוף הדיון כמי שאינו צד נוגע בדבר? שאלות אלה נידונו בעניין משולם.[26]

30.9 במקרה זה הסכימו כל היורשים מן הדין לסמכות בית־הדין. העותרת, הטוענת להיות הידועה־בציבור, לא נתנה את הסכמתה. בית־הדין דחה את טענת חוסר הסמכות על בסיס עובדתי, לאחר שמצא כי העותרת אינה עומדת בתנאים הקבועים בחוק להכרתה כידועה־בציבור. משנקבע כך על־ידי בית־הדין, הוברר למפרע שאין היא צד נוגע בדבר, וממילא אין הסכמתה נדרשת. רק אילו נקבע שהיא ידועה־בציבור היתה נפקות לשאלת הסכמתה לסמכות.

לפי שיטה פרשנית זו, חייב בית־הדין לדחות את ההכרה בידועים־בציבור כדי שיוכל לקיים את הסמכות גם ללא קבלת הסכמתם מראש. אם יקבל בית־הדין את הטענה ויכיר בידועים־בציבור, ייזקק גם להסכמתם להמשיך לדון. על פיתוי זה מצד הסמכות, הפועל לדחיית הטענה של הידועים־בציבור בבית־הדין, נוספת אי־ההכרה של הדין הדתי במערכת היחסים האמורה כיוצרת או כמקנה זכויות מכוחה היא. גם יחסו של בית־הדין למוסד הידועים־בציבור ידוע בציבור ואינו מעמיד סיכוי גדול לקבלת הטענה. לא ייפלא כי פרשנותו של בית־הדין משאירה את הכדור במגרשו, ובד בבד מעמידה את הטוענים להיות ידועים־בציבור בנחיתות מסוימת. פרשנות זו מחזירה לבית־הדין, במידה מסוימת, שליטה שנטל ממנו המחוקק עם יצירת המוסד האמור והרחבת תחולתו גם לתחום הירושה.

31.9 אילו היתה הכרעתו של בית־הדין מתאשרת בבג"צ, היתה מתקבלת, מבחינת יחסי הכוחות שבין ההסדר הדתי להסדר האזרחי, תוצאה שלפיה גבולות המוסד האזרחי (החילוני) של ידועים־בציבור, שנוצר, בין היתר, כדי לפתור מצוקות הנובעות מתחולת הדין הדתי על ענייני נישואין וגירושין, היו נקבעים לצורך ירושה על־ידי הגוף שאותו הוא נועד "לעקוף". הקושי בתוצאה כזו גדול

---

26. בג"צ 673/89 משולם נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מה(5) 594.

עוד יותר לנוכח העובדה שהירושה מתחלקת על־פי החוק בהתאם להסדר האזרחי, ולא הדתי; ומבחינה מעשית, מבחינת זכותם של ידועים־בציבור לרשת, היה נוצר במקרה כזה מצב בלתי־אפשרי כמעט. לפי פרשנותו של בית־הדין הדתי, היו יורשים מן הדין יכולים לעשות יד אחת ולהקנות את הסמכות לבית־הדין על אפו ועל חמתו של הטוען להיות ידוע־בציבור. כך היו יכולים לסכל למעשה כמעט כליל את זכותו של הידוע־בציבור לרשת את המוריש בלי שהטוען לזכות בירושה נתן את הסכמתו להתדיין לפני בית־הדין שאינו אוהד טענת זכות מכוח הידועים־בציבור.

32.9 השלכותיו של פסק־דין זה עשויות היו להיות מרחיקות־לכת. אילו התקבלה השקפת בית־הדין ופרשנותו של שופט המיעוט, השופט מ׳ אלון, היה ניתן לבטל באופן מעשי את זכות הירושה של ידועים־בציבור באמצעות הקניית סמכות לבית־הדין בלי שהיתה נדרשת הסכמתם של התובעים מכוח היותם ידועים־בציבור. המציאות מלמדת כי בדרך־כלל, אין דעת היורשים מן הדין נוחה מזכות הירושה של ידועים־בציבור. סמכותו של בית־הדין היתה מספקת מפלט נוח מפני הכרה בזכות זו.

33.9 בג״צ לא היה יכול להתעלם משיקולים אלה כאשר הוא בא לפרש את סמכותו של בית־הדין לדון בזכויות ירושה על־פי דין. לאור כל האמור לעיל ברור איפוא, כי בג״צ לא היה יכול להרשות לעצמו לקבל את פרשנותו של בית־הדין, שמשמעותה הינה כרסומו של ההסדר החברתי החשוב ופגיעה באיזון העדין שיצר המחוקק בתחום זה. לא ייפלא איפוא כי דעת הרוב, מפי הנשיא שמגר, דחתה את מעגל־הקסמים שאליו ביקשה פרשנות בית־הדין להכניס את הידועים־בציבור. הטענה כי מי שהסכמתו נדרשת לצורך עצם קיום הדיון ייאלץ לקיים בעל כורחו דיון עובדתי ומשפטי מלא וממצה לגוף העניין, כדי לברר, על־ידי הערכאה שהוא סירב לתת לה הסכמה לדיון, אם הסכמתו נדרשת, לא התקבלה על דעת הרוב בבית־המשפט. הוא ראה בטענה זו תרתי דסתרי; במיוחד כאשר גורל ההכרה במעמדו כמתנגד נשלט על־ידי אמות־מידה הנוהגות על־פי דין שאינו מכיר מעיקרו במעמדו. הנשיא סבר כי הדיון בעניינה של העותרת הוכרע לגופו, ללא הסכמה בכתב, לפני אותה ערכאה משפטית אשר ממנה ביקש המחוקק לשלול את הסמכות לקיום הדיון בהיעדר הסכמה מראש ובכתב. דבר זה נוגד את הוראתו המפורשת של המחוקק. ההסכמה לסמכות קודמת לכל דיון. בהיעדרה של הסכמה כזו נשמרת הסמכות בידי הערכאה המקורית, היא בית־המשפט הרגיל.

34.9 בית־הדין הסתמך בפרשנותו על הכלל, כי טריבונל משפטי מוסמך בדרך־כלל לקבוע אם התקיימו התנאים המוקדמים להפעלת סמכותו השיפוטית, וממילא את הממצאים העובדתיים שעליהם נשענת הסמכות.[27] כדי להתגבר על

---

27. ע״א 463/65 **טירת הכרך בע״מ נ׳ ועדת השומה**, פ״ד כ(2) 234, 246; ע״א 158/56 **רשות הפיתוח נ׳ נעמי**, פ״ד יא 829, 832; ע״א 449/64 **אריה בע״מ נ׳ צימרמן**, פ״ד יט(1) 256, 259. לגבי בית־הדין הרבני, ראו בג״צ 113/84 **בנקובסקי נ׳ בית הדין הרבני האזורי**, פ״ד לט(3) 365, 378; בג״צ 359/66 **גיתיה נ׳ הרבנות הראשית**, פ״ד כב(1) 299.

קושי משפטי זה, הבחין הנשיא בין שני סוגי סמכות: בין בית־משפט רגיל, שהסמכות קנויה לו מלכתחילה ואשר לפניו מועלית טענה של חוסר סמכות, שאותה הוא רשאי לברר לגופה, לבין בית־משפט נעדר סמכות מעיקרו, העשוי לקנות סמכות רק בתנאי שזו ניתנה באופן פוזיטיבי, מראש ובכתב.

רק על המקרה הראשון חל הכלל בדבר כוחו של הפורום לברר את התקיימותם של תנאי סמכותו. דיון בשאלות של סמכות שלוב בגופו של עניין. ההכרעה בעניין הסמכות עשויה להינתן, במקרים רבים, רק בסוף הדיון, לאחר העיון בגוף העניין האוצל גם על שאלת הסמכות.

הדין שונה לגבי המקרה השני. המחסום בפני הסמכות הינו פורמלי וחד־משמעי: כל עוד אין הסכמה מראש ובכתב של בעל הדבר, נעדר בית־הדין כל סמכות. בהיעדר הקניית הסמכות, אין גם אפשרות לקיים בירור בקשר למעמדו של מי שמתנגד. ההסכמה הינה מוקדמת לכל בירור משפטי הנוגע במישרין או בעקיפין במי שלא נתן הסכמה כזו. הסמכות לדון בעניין נשמרת בידי בית־המשפט הרגיל, שהסמכות מוקנית לו בכל מקרה, ללא הסכמה מפורשת כלשהי.

35.9 הבחנה זו משרתת את המדיניות המשפטית ואת התוצאה המתבקשת. כל תוצאה אחרת תקנה לבית־הדין סמכות למעשה לדון בגופו של עניין בהיעדר הסכמה של צד נוגע בדבר במסווה של הכרעה מקדמית בעניין של סמכות.

שופט־המיעוט, החותר לתוצאה אחרת, אינו עושה הבחנה זו. לדידו משתרע כוחו של כל טריבונל על בירור התקיימותו של כל תנאי מוקדם לסמכות. לדעתו, בית־הדין הוא המוסמך לקבוע אם פלוני נוגע בדבר ואם הוא עומד בדרישות אלה הן מבחינת הממצאים העובדתיים והן מבחינת הקביעה המשפטית.

את הבעיה של הענקת כוח ההכרעה המהותית למעשה בשאלת הידועים־בציבור לערכאה "עוינת" למוסד ה"חילוני" מציע שופט־המיעוט לפתור באמצעות פיקוח בג"צ על בתי־הדין וכוח ההתערבות שלו בתנאים המוקדמים לקיום הסמכות. חולשתה של עמדה זו היא, כי לנוכח גישתו העקרונית של בית־הדין, עשוי פיקוח בג"צ להידרש מעשה יום ביומו. החוק מקנה סמכות לבית־הדין כעניין חריג ורק לרצונם של כל הצדדים ובהסכמתם. בנסיבות אלה אין היגיון בייחוס כוונה חקיקתית המטילה על הצדדים עומס כספי, צורכת זמן יקר והופכת את ההתדיינות בשתי מערכות שיפוטיות לדבר שבשגרה.

36.9 כאן מן הראוי להעלות עניין בעל חשיבות רבה, שלא רק על עצמו ללמד יצא, אלא על הסדר תחומים רבים. אי־ההכרה של בית־הדין בדין אזרחי מסוים או הבעת הסתייגות מדין אזרחי זה בטענה שאינו מתיישב עם מערכת הדינים והערכים שעל־פיהם דן בית־הדין עשויות לשמש אמצעי מרכזי בידי בית־המשפט העליון (בין במפורש ובין במשתמע) בפרשנות היקף הסמכות של בית־הדין. קושי ביישום הדין האזרחי בבית־הדין הרבני יש לו נפקות משפטית הבאה לביטוי הן בקביעת גבולות הסמכות של בית־הדין, הן בפרשנות חקיקה הנוגעת לדין המהותי החל בבית־הדין והן ביישום עקרונות משפטיים, כגון מעשה־בית־דין וכיוצא בזה. יחסו של בית־הדין הדתי לדין האזרחי ולעקרונות־יסוד של המשפט הישראלי גרר אחריו בעבר, וגורר אחריו ביתר שאת בהווה, מעורבות רבה של בג"צ. דבר זה מצא את ביטויו בשאלת הצמצום של היקף מעשה־בית־דין של פסיקה רבנית

בעניין זכות המזונות של אשה על בסיס נישואים אזרחיים;[28] בנכונות לבחון את היקף פרשנותו של סעיף הכריכה (ולפרשו בצמצום) ביחס להתדיינות בהלכת השיתוף;[29] ועתה, בפרשת משולם, בפרשנות מצומצמת של סמכות בית־הדין לדון בירושה על־פי דין כאשר עולה שאלת זכותם של ידועים־בציבור לרשת. בימים אלה ניתן למגמה זו ביטוי מרחיק־לכת, תוך מעורבות חודרת של בג"צ, בפרשות בבלי ולב.

37.9 שופט־המיעוט, השופט אלון, מסתייג מדרך זו בגורסו, כי אי־ציות לדין, כמו גם אי־נוחות של שופט או דיין מדין מסוים, אינו שיקול בקביעת הלכה. אולם השופט אלון מתעלם במקרה זה מן הנסיבות המיוחדות המצדיקות את ההתחשבות ביישום הדין. ראשית, הדין החל בסוגיה זו הוא הדין האזרחי, ולא הדתי. שנית, הסמכות מוקנית לערכאות השיפוט הרגילות, ולבית־הדין סמכות מיוחדת בלבד. שלישית, יש צורך בהסכמה מראש של כל הצדדים העלולים להיות מושפעים מן ההחלטה. הסכמה זו נדרשת במיוחד לנוכח העובדה שההתדיינות בבית־הדין עשויה להשפיע על קביעת הדין ועל התוצאה. הכרעת דינו של צד למעשה עקב נטילת סמכות מיוחדת ללא הסכמה מראש אינה מוצדקת.

התפתחות מרחיקת־לכת יותר במעמדם של ידועים־בציבור אוזכרה בפתיחת הרשימה ומקורה בהלכת אפרת.[30]

4. הורים וילדים

א. טובת הילד

38.9 כמה החלטות מרכזיות עוסקות בסוגיה של טובת הילד, על היבטיה השונים, ובהקשרים השונים שבהם היא מתעוררת. עקרון טובת הילד אינו יכול להיות מנותק מן האתוס החברתי ומן המסרים החברתיים שמשדרת החברה ושילדים מתחנכים עליהם.

בפסיקה שניתנה בשנים תשנ"ב—תשנ"ג עולות שאלות נוקבות הן באשר לזכויות ההורים כלפי הילד והן באשר לזכויות הילד וטובתו. הבעיה העיקרית היא מהו מחוז־החפץ החברתי של הכרעה בסכסוכים שילדים מעורבים בהם וכיצד הוא משפיע על העיקרון של טובת הילד. השאלות מתייחסות הן להכרעה במחלוקת בסוגיית המשמורת בין ההורים והן להתערבות במשפחה, ובמיוחד בהקשר אופן הבחירה בין החלופות השונות וההעדפות החברתיות וממילא גם המשפטיות.

---

28. ע"א 173/69 **בכר נ' בכר־גולדברג**, פ"ד כג(1) 665.
29. ע"א 488/89 **נופרבר נ' נופרבר**, פ"ד מד(4) 293.
30. בג"צ 693/91 **אפרת נ' אפרת**, לעיל הערה 1.

בפסיקה בשנים הנסקרות עולות שאלות מרתקות, הדנות הלכה למעשה ביחס שבין זיקת הילד לחברה או למדינה מסוימת לבין טובתו; ביחס שבין האידיאולוגיה החברתית באשר למעמד הילד במשפחה ובחברה לבין טובתו; באינטרס ההגנה על ההורות ועל זכותם הבסיסית של הורים לגדל את ילדם גם כאשר המסוגלות ההורית נוטה יותר לכיוון ההורים הפסיכולוגיים, ולא הביולוגיים; בגורם הזמן, בחשיבותו ובהשפעתו על טובת הילד.

39.9 היחס שבין האידיאולוגיה החברתית לבין השאלה של טובת הילד התעוררה באחרונה בסכסוך משמורת בין הורים. בית־המשפט קבע,[31] כי לצורך קביעת ההורה־המשמורן, לא יתחשב בית־המשפט בהערכת ההתנהגות של ההורים כבני־זוג וביחסיהם הפנימיים זה כלפי זה על־פי אמות־מידה מוסריות, שמקורן, למשל, בדין הדתי. היחס אל הילדים והמסוגלות ההורית הם חלק מטובת הילד. לעומת זאת, התנהגות ההורים זה כלפי זה (כגון קיומו של חבר של האם־האשה החיה בנפרד מן האב־הבעל) שאינה משפיעה על היחס אל הילדים אינה נכללת, בעיני בית־המשפט האזרחי, במושג טובת הילד. התחשבות בגורם כזה, אפילו שימש גורם לקרע בין ההורים במסגרת סכסוך משמורת ביניהם, לא זו בלבד שאינה רלוונטית, אלא היא עלולה לפגוע בילדים ללא צורך. בית־המשפט גם מזכיר את הצורך בהימנעות מהטלת מגבלות על ההורה־המשמורן (במקרה זה — האשה), שאינן דרושות לצורך קיום המשמורת, תוך הבטחת טובת הילדות, כמוקד ההחלטה.

הואיל ובית־הדין עשוי לצאת מנקודת מוצא אידיאולוגית אחרת, המעוגנת גם בדיני הנישואין שהוא מחיל, ניתן לאתר בסוגיה זו מקור נוסף לחילוקי־דעות בין בית־המשפט האזרחי לבין בית־הדין הדתי.[32]

40.9 פרשה אחרת, פרשת קונסלוס,[33] שמה דגש לא־מבוטל באינטרסים שהינם "חיצוניים", כביכול, לטובת הילד ונועדו לשרת תכלית חברתית חשובה, כגון מניעת חטיפה וביטול תוצאתה. בפסק־דין זה מתחזקת ההכרה שלא ניתן לנתק את זכויות ההורים מטובת הילד. אל תוך המונח "טובת הילד" מוחדרות למעשה, בפרשה זו, מערכות שיקולים רחבות, שיש להן רק זיקה עקרונית, ורק במובן הרחב, לטובת הילד. בפרשה זו עולות איפוא בעיות נוקבות, שדומה כאילו הן מערערות מושכלות ראשוניים במסגרת המושג טובת הילד.

---

31. ע"א 772/89 **פת נ' פת**, פ"ד מה(2) 297.
32. בעבר ביטל בית־המשפט העליון החלטות של בית־הדין הרבני בסכסוך משמורת בין הורים כאשר התברר לו שבית־הדין ייחס משקל רב מדי לשיקול אחד, הנובע מהשקפתו הדתית, והעדיפו על מכלול השיקולים המרכיב את טובת הילד. ראו, למשל, בג"צ 181/81 **מור נ' בית הדין הרבני האיזורי**, פ"ד לז(3) 94; בג"צ 7/83 **ביארס נ' בית הדין הרבני**, פ"ד לח(1) 673; ע"א 680/84 **שני נ' שני**, פ"ד לט(2) 444. על בעיה זו ראו רוזן־צבי, לעיל הערה 21, בע' 91 — 92 והאסמכתאות המפורטות שם.
33. בג"צ 243/88 **קונסלוס נ' תורג'מן**, פ"ד מה(2) 626.

41.9 במקרה זה נחטפה קטינה מאימה, העותרת, בברזיל, בהיותה בת ארבעה חודשים. בבדיקת רקמות שנערכה במסגרת העתירה נקבע שהעותרת היא אכן האם הביולוגית של הקטינה. המשיבים, באמצעות עורך־דין ישראלי שטיפל באימוץ בברזיל, קיבלו לרשותם את הקטינה לאחר שהומצאו להם מסמכי אימוץ ברזיליים, שהתגלו, לאחר הגשת העתירה, כמזויפים. הקטינה הגיעה לישראל, והיא גויירה וגודלה על־ידי המשיבים במשך יותר משנה וחצי. העותרת גילתה את מקום הימצאה של הקטינה ותבעה להשיבה אליה. הקטינה היתה בת כשנתיים בשעת הדיון.

הדגש המושם במקרה זה בזכויות ההורים בולט עקב העובדה שהן השיקול של המסוגלות ההורית והן שיקול ההמשכיות — המבטאים את טובת הילד האינדיווידואלי "נטו" — פועלים נגד ההורים הביולוגיים, שעתירתם התקבלה. השיקול של מימד הזמן, כמו גם השיקול של השוואת המסוגלות היחסית של ההורים המאמצים, המהווים מרכיב חשוב של טובת הילד, לא עמדו בפני זכותם הבסיסית של ההורים הביולוגיים.[34] זכויות ההורים לא בטלו גם לאחר שהילדה הסתגלה במשך שנתיים להוריה המאמצים, שמסוגלותם ההורית היתה ללא דופי. טובת הילדה, במימד ההשוואתי היחסי, במובן של בחינת העדפה בין ההורים הביולוגיים להורים המאמצים, לא נשקלה במקרה זה.

42.9 פסק־הדין מבליט איפוא את חשיבותה של האוטונומיה של התא המשפחתי ואת המרכזיות המיוחסת לזכות הבסיסית של ההורים הביולוגיים. בית־המשפט איתר את הדין שלפיו דן את פרשת קונסלוס בדרך של הקש מן הסוגיה של עילות האימוץ, ונסמך על הכלל הבסיסי והראשוני שהורים ביולוגיים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם. בית־המשפט יישם על נסיבות מקרה זה — מעשה החטיפה והאימוץ שבא בעקבותיו — את הכלל, כי במקרים של התערבות במשפחה, עקרון טובת הילד אינו שיקול עצמאי, ולפיכך אינו נשקל אלא לאחר שנוצרה עילה לגיטימית להוצאת ילד מחיק הוריו[35] או כאשר הפגיעה בקטין הנובעת מהשבתו לחיק הוריו הטבעיים עלולה להיות ממשית ובלתי־הפיכה.[36]

---

34. ראו פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (תשמ"ט, כרך ב) 224. הוא עומד על העובדה שאיננו מעמידים את טובת הילד כקנה־מידה ראשון וכבסיס ל"חלוקת" ילדים. טובת הילד אינה משמשת עילה עצמאית ומוחלטת, היפה בכל עת. אחרת היה ניתן להחליט גם לבחור הורים לפי טובת הילד או לקבוע מראש סטנדרטים או מבחנים לגידול ילד או להורות ראויה, וממילא חלופות מוקדמות לעניין מקום השמתו של ילד. אין זו עמדתה של שיטתנו. סדרי ההעדפה לגידול ילד — לבחירת צרכים שונים (מגורים, שינוי מקום מגורים ותכיפותו, ארץ, שפה, בית־ספר), לסוג החינוך, לאופי החינוך, לאופי החברות, לאידיאולוגיה שעל־פיה יחונך הילד, למידת תשומת־הלב הניתנת לילד על־ידי ההורים יחסית לצרכים אחרים שלהם, לשיטת החינוך ולאופיה (נוקשות, חופש), ליחס בין מידת החירות (או הכפייה) הניתנת לילד במסגרת המשפחה וכיוצא באלה — מסורים להורים.

35. ראו, בין היתר, ע"א 783/81 **פלונים נ' פלמוני**, פ"ד לט(1) 1; ע"א 212/85 **פלוני נ' פלונית**, פ"ד לט(4) 309.

36. בג"צ 243/88 **קונסלוס נ' תורג'מן**, לעיל הערה 33, בע' 639 — 640.

43.9 בדרך דומה נקט המחוקק ההולנדי זמן קצר לאחר תקופת השואה כאשר קבע את עדיפות ההורים הטבעיים, שמסרו את ילדיהם כדי להצילם מהשמדה, על ההורים הפסיכולוגיים גם כאשר הילד שהה במשך שנים בבית ההורים הפסיכולוגיים.[37]

בית־המשפט קבע גם כי המוציא מחברו במקרה זה הם ההורים המאמצים, ולא ההורים הביולוגיים, שילדתם נחטפה. הנטל של הוכחת פגיעה בלתי־הפיכה בילד במקרה של שינוי הסטטוס־קוו מוטל על ההורים המאמצים, ולא על התובעים בפועל, המבקשים לשנות את הסטטוס־קוו. גם בכך ייחודו של פסק־הדין. בדרך־כלל מגן המשפט על הסטטוס־קוו ומטיל נטלים על המבקש לשנותו.

44.9 אין ספק, לפנינו סוגיה מיוחדת שפסק־הדין נותן לה ביטוי מיוחד וחריג. יחד עם זאת ראוי לציין, כי שיקולים חיצוניים מנחים את בית־המשפט גם בפרשה אחרת, שבמרכזה עומדת סוגיה של חזרה מהסכמה לאימוץ.[38] במקרה זה הגיע בית־המשפט לתוצאה הפוכה, הן מבחינת היחס אל הסטטוס־קוו שנוצר, הן מבחינת ההתחשבות במימד הזמן ובגורם ההמשכיות והן בבחינה השוואתית של מסוגלות הורית והיחס אל זכויות ההורים הביולוגיים. ההורים הביולוגיים לא זכו, בנסיבות מקרה זה, לקבל בחזרה את ילדם שנמסר לבני־זוג לאימוץ עם לידתו בעקבות חתימה על הסכמה לאימוץ. ההעדפה ניתנה להורים המאמצים.

סמוך לאחר הלידה ועם מסירת הילד לאימוץ, נישאו ההורים זה לזה ואין ספק במסוגלותם ההורית. ימים מספר לאחר מסירת הילד דווח לשירות למען הילד על הרצון לחזור מן ההסכמה, ועשרים יום לאחר החתימה על ההסכמה כבר הגישו לבית־המשפט בקשה לחזור מן ההסכמה. הטיפול בבקשה לא היה מזורז דיו והחל רק כעבור חודשיים. עד למועד ההחלטה בבית־המשפט חלפו שלושה־עשר חודשים, ולמועד הערעור עברו כבר שנתיים. במרכז הדיון עמדה השאלה אם ראוי להחזיר את הילד להורים או להשאירו בבית המשפחה שאליה הועבר.

45.9 הסכמה לאימוץ היא עילת אימוץ, וחזרה ממנה אפשרית רק בהתקיים עילה מיוחדת (אמצעים פסולים להשגת ההסכמה או טעמים מיוחדים לחזרה) ובהתאם לשיקול־דעתו של בית־המשפט לאור טובת הילד. במקרים של חזרה מהסכמה לאימוץ עומד בית־המשפט לפני סיטואציה שבה עליו לאזן בין זכותם הטבעית של הורים ביולוגיים לבין אמינותו של מוסד האימוץ והאינטרס הציבורי של עידוד מוסד זה. אינטרס זה אינו עולה בקנה אחד עם מתן אפשרות קלה להורים לחזור בהם. הנמקת בית־המשפט, שלפיה הוכחו בנסיבות המקרה טעמים מיוחדים לחזרה מהסכמה לאימוץ, לעומת התוצאה בנסיבות המקרה, שהיא דחיית התביעה של ההורים הביולוגיים, היא פשרה כביכול בין קבלת העילה לחזרה מהסכמה לאימוץ לבין התחשבות בשיקולים של טובת הילד. הנמקת בית־המשפט

---

37. J. Goldstein, A. Freud, A.J. Solnit *Beyond the Best Interest of the Child* (1979) 105–111.

38. ע"א 546/89 **פלונים נ' הי"מ**, פ"ד מה(1) 185.

מעניקה פיצוי רגשי להורים הביולוגיים, אך תוצאת פסק־הדין נותנת העדפה לאינטרס של האימוץ. בסופו של דבר מוכרע עתידו של הילד על־פי עקרון טובת הילד כשיקול מכריע, אולם, כאמור, אין גם להתעלם מן השיקולים ה"חיצוניים" המכוונים אותה.

46.9 החלוקה לשני שלבים — שלב העילה ושלב ההכרעה על בסיס טובת הילד — נוחה מבחינה אנליטית משפטית, אך אינה משקפת את המהלך הפנימי של הדברים. קיימת השפעת־גומלין, ובשני השלבים מעורבים שיקולים דומים. גורם הזמן, למשל, מהווה שיקול לגבי העילה ומהווה גורם בעל משקל במסגרת שיקולי טובת הילד. במקרה זה הוא שימש בשתי תכליות הפוכות. מחד גיסא, הוא שימש נדבך במסגרת הוכחת עילת החזרה מהסכמה לאימוץ (מהירות הפנייה של ההורים) ובכך פעל לטובת ההורים הביולוגיים; מאידך גיסא, הוא היווה את הטעם העיקרי לשמירת הסטטוס קוו (התמשכות ההליכים והעדפת עקרון ההמשכיות לגבי הילד והנזק העלול להיגרם לו על־ידי הניתוק), ובכך פעל נגד ההורים הביולוגיים. במקרה זה, השפעת גורם הזמן היא אובייקטיבית (פעולת שלטונות הרווחה והתמשכות ההליכים) ואינה מונחת לפתחם של ההורים, שפעלו במהירות וללא דיחוי.

47.9 ההשוואה בין שני המקרים האחרונים מצביעה על היחסיות של עקרון טובת הילד, על תלותו בהקשר ובגורמים ה"חיצוניים" הקובעים את האינטרסים המשפיעים על שיקולי טובת הילד. לפנינו הוכחה נוספת, כי למעשה, לא ניתן לדבר על טובת הילד "נטו". מרכיבי טובת הילד מעוגנים בנסיבות הסובבות ובאופי האינטרסים המוגנים.

כך, למשל, לא הכריע גורם הזמן את הכף ולא מנע את שינוי הסטטוס־קוו בפרשת קונסלוס, אף־על־פי שניתן לייחס לגורם הזמן משקל דומה, אם לא גדול יותר, גם במקרה פלונים, שעניינו החזרה מהסכמה לאימוץ. במקרה אחרון זה ניתנה זכות הבכורה לגורם הזמן, והוא שמנע את החזרת הילד להוריו הביולוגיים וזכה במשקל מכריע בשיקולי ההימנעות משינוי הסטטוס־קוו,[39] למרות העובדה כי האחריות להתמשכות ההליכים אינה נובעת כלל מהתנהגות ההורים הביולוגיים, הנושאים, בסופו של דבר, בתוצאות, אלא מוטלת כולה על כתפי המוסדות והשלטונות.[40]

48.9 למשך הזמן מיוחס משקל מכריע בשיקולי השמת ילד גם כאשר קיים פגם חמור בכפיית מציאות מסוימת באמצעות גורם הזמן. אכן, בית־המשפט מבקר קשות יצירת עובדות מוגמרות בשטח על־ידי הרשויות המוסמכות, המחייבות את בית־המשפט, מטעמים של טובת הילד, להשלים עם מצב שהיה ניתן לשנותו

---

39. השופטים ת' אור (שם, מע' 196 ואילך) וג' בך (שם, בע' 207 — 208) קושרים אומנם לגורם הזמן את המצב הבריאותי של הילד כגורם הדומיננטי המכריע את הכף, אולם זו נראית בעיני רק הנמקה מרככת.

40. ראו דברי השופט מ' בייסקי, שם, בע' 200.

אילולי כן.[41] משך הזמן שימש גורם מכריע גם בפרשה אחרת, שנוצרה בה מציאות מסוימת של ניתוק מבני המשפחה הביולוגית במשך פרק זמן ממושך. מציאות זו לא איפשרה עוד את הבחירה בחלופה של אומנה, שהיתה עשויה, לדעת בית־המשפט, להיות פתרון עדיף אילולי תכתיבה של המציאות שנוצרה בעקבות פעולתן של רשויות הרווחה.[42] גם כאן מותח בית־המשפט ביקורת על פעולת הרשויות, שניצלו את גורם הזמן כדי לקבוע עובדות מוגמרות.[43]

49.9 גם זכותם הטבעית של ההורים הביולוגיים אינה זוכה במעמד אחיד בשני פסקי־הדין. משקלו היחסי של "קול הדם" בפרשת קונסלוס היה גדול ביותר ואף הכריע את הכף, אך לא כך בפרשת פלונים. בפרשת קונסלוס ניתנה העדפה לזכות האפוטרופסות הטבעית של ההורים, מה שאין כן בפרשת פלונים. גם בפרשה אחרונה זו מדגיש בית־המשפט את החזקה שטובת הילד היא לגדול אצל הוריו הטבעיים,[44] אולם אין הוא מייחס לה משקל מכריע בנסיבות המקרה ומעדיף עליה את גורם הזמן. אכן, הנסיבות שונות: במקרה הראשון, הניתוק בין הילדה להורים הוא פרי פשע שפל, בעוד שבמקרה השני הוא פרי הסכמה של ההורים; אולם בשני המקרים מוליכים שני השיקולים — גורם הזמן וזכות ההורים הביולוגיים — לאותו כיוון. התוצאה ההפוכה היא פרי השיקולים המערכתיים ה"חיצוניים".

50.9 צמד פסקי־הדין העקרוניים, המגיעים לתוצאות הפוכות תוך היזקקות לשיקולים דומים, מתוך אינטרסים אחרים, המעוגנים באופי העניין, מלמד לקח משותף, שלפיו משקלם של הגורמים החיצוניים גדול מן הרטוריקה של טובת הילד שאנו משתמשים בה.

יחד עם זאת, הדרך ליישוב האינטרסים החיצוניים כביכול עם ההקשר הפנימי של טובת הילד נעוצה בטענה שאינטרסים אלה, אף שהם חיצוניים לטובת הילד האינדיווידואלי, נותנים ביטוי לאינטרסים עקרוניים, המגינים, בסופו של דבר ומבחינת השיטה בכללותה ולאורך ימים, על טובת הילד במישור המושגי והעקרוני. מבחינה זו, אינטרסים אלה הם קו־ההגנה העקרוני של שיטת המשפט על המסגרת המושגית של טובת הילד.

ב. אימוץ

51.9 החלטה חשובה ומרכזית, שעניינה החזרה מהסכמה לאימוץ, נידונה

---

41. ראו דברי השופט מ' בייסקי, שם, בע' 203.
42. ע"א 3236/90 **פלונים נ' הי"מ**, פ"ד מה(3) 460.
43. מכיוון אחר נמתחה ביקורת על משך השהות של קטינה במוסד במשך ארבע שנים לפני שהוגשה בקשה להכרזתה כבת־אימוץ, אף כי חוסר המסוגלות ההורית היה ברור. על־אף רצונם של ההורים להשאיר את הקטינה במוסד, היה צריך לזרז את הליכי האימוץ בנסיבות אלה. ראו ע"א 3199/90 **פלונים נ' הי"מ**, פ"ד מה(3) 488. על סוגיה זו של התלבטות הרשויות באשר לחלופות המתאימות, ראו להלן.
44. ע"א 546/89, **פלונים נ' הי"מ**, לעיל הערה 38, בעמ' 201.

בהרחבה בתת־פרק הקודם, שנסב על שיקולי טובת הילד. כמה החלטות חשובות נוספות עוסקות בסוגיית האימוץ, ובין היתר בשאלה החברתית והמשפטית בדבר סדרי העדיפויות בין האפשרויות השונות במקרים של התערבות במשפחה.

המשפט הישראלי מתייחס לאימוץ, בדרך־כלל, כאל הורות טבעית מבחינת התוצאות המשפטיות הכרוכות בה. באחד המקרים שנידונו בבית־המשפט העליון התעוררה שאלת החזרה מאימוץ, דהיינו, ביטולו.[45] סעיף 19 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א — 1981, יוצא מנקודת־מוצא כי האימוץ הינו סופי במהותו ולא ניתן לסגת ממנו. אולם, שלא כבשיטות משפטיות אחרות (צרפת, למשל), שאינן מאפשרות כלל ביטול אימוץ, מאפשר החוק הישראלי את ביטולו על בסיס של הוכחת עילה (נסיבות שלא היו ידועות או קיימות בשעת מתן הצו) ושיקולי טובת המאומץ.

בפרשה מיוחדת זו אימץ בית־המשפט העליון גישה מכבידה על אפשרות החזרה מאימוץ. המאומץ, כבן שמונה־עשרה, נפלט מכל מסגרת ואושפז בבית־חולים פסיכיאטרי. בית־המשפט לא שעה לדרישות המאמצים לביטול האימוץ (לאחר שבע שנות אימוץ ועשר שנות קשר בינו לבין המאמצים), למרות קיומו של קרע מוחלט בין המאמצים למאומץ, למרות יחסי שנאה קיצונית ותחושה של כישלון מוחלט מצידם. בית־המשפט העדיף את הקשר המשפטי, המעניק למאומץ זהות, רשמית ונפשית, ויוצר כלפיו אחריות מצד המאמצים, על התחושות והקשר הנפשי והממשי. בכך חיזק בדרך משפטית את הבחינה התודעתית של הקשר בין הורות טבעית להורות משפטית.

52.9 אף־על־פי שאין קשר עקרוני בין חזרה מהסכמה לאימוץ לבין ביטול האימוץ ואף שחלק מן האינטרסים המעורבים בכל אחד מן התחומים הינם שונים, מתברר כי הפסיקה מקשה על כל אחת מן הפעולות האמורות. בכך היא מחזקת את מוסד האימוץ ומקרבת את מעמדו החברתי למעמדה של הורות ביולוגית.

קשר זה נידון גם בהקשר אחר, בשאלה של השפעת ההורים הביולוגיים על פתרון האימוץ המוצע. נפקותה של עמדת ההורים הביולוגיים באשר לסוג המשפחה המאמצת שהם מעדיפים, לאורח חייה, לאופיה ולאופן התנהגותה, נידונה באחד מפסקי־הדין.[46] ההורים הביולוגיים ביקשו למצוא הורים מאמצים קרובים להם ככל האפשר מבחינת מוצאם ואורח חייהם. בית־המשפט נטה, בזהירות מרובה (אין הדבר משמש תנאי לאימוץ), לתת נפקות לבקשה כזו, עד כמה שאפשר, לפחות כאחד השיקולים במסגרת הבחינה של טובת הילד. הנשיא שמגר, בדעת־מיעוט, מבקש למנוע העמסת משאלות על עתידו של הילד מצד מי שנשללו ממנו זכויות ההורות. המשך אפוטרופסות מרוקנת מכל תוכן של ממש עלול להכביד על תהליך האימוץ ולפתוח פתח לריבוי התדיינויות ולעיכוב ההליכים.

---

45. ע"א 1104/90 **פלונים נ' הי"מ**, פ"ד מה(3) 302.
46. ע"א 3063/90 **פלונים נ' הי"מ**, פ"ד מה(5) 837.

53.9 בפסיקה הישראלית הולכת ומתגבשת עמדה שלפיה אין אומנה או סידור קבוע מחוץ לבית (מוסד או מעון) מהווים תחליף ראוי לאימוץ. אומנה או סידור חלופי אחר יכולים לשמש הסדר זמני בלבד, ולא ישמשו כהסדר קבע או כפתרון לטווח ארוך. במיוחד אמורים הדברים כאשר מדובר בילד רך בשנים. אומנה אינה מקנה יציבות, זהות, השתייכות, ביטחון וקשר רגשי ומשפטי מתמשך ועמוק. אימוץ, לעומת זאת, הינו קשר משפטי דומה להורות ומהווה בסיס לתא משפחתי לכל החיים.[47]

יחד עם זאת, אין בית־המשפט שולל אפשרות של העדפת אומנה במקרים מסוימים.[48] הסדר של אומנה הינו הפיך, ואילו אימוץ הוא צעד בלתי־הפיך של ניתוק הקשר עם ההורים הביולוגיים. השיקול הוא לעולם אינדיווידואלי ויש להעמיד במרכזו את טובת הילד. במקרים שבהם מאפשר איזון האינטרסים שמירה על טובת הילדים יחד עם שמירת הקשר המשפחתי במסגרת האומנה, יש מקום לשקול חלופה זו. השיקולים שיש להביאם בחשבון הם, בין היתר: אופי ההורים האומנים, אופי הקשר האפשרי עם ההורים הביולוגיים ובני משפחה אחרים של המשפחה הביולוגית, יכולת השמירה על הקשר האמור וסוג הטעם המחייב את הוצאת הילדים.

54.9 כבר ראינו כיצד יצירת עובדות בשטח עלולה להעמיד את בית־המשפט לפני עובדה מוגמרת, בניגוד לפתרון האופטימלי שהיה ניתן לבחור בו אילולי נוצרו עובדות כאמור. אולם מעבר הזמן ללא פעולה נחושה מצד הרשויות עלול לסכל כל אפשרות לשיקום הילד ולהבטחת עתידו. בעניין זה ניצבות הרשויות המוסמכות לפני חלופות קשות. מצד אחד, עליהן לנהוג זהירות מרובה, כדי למנוע ניתוק מן המשפחה הביולוגית כל עוד יש סיכוי כלשהו לשקם את הקשר המשפחתי. מצד אחר, מעבר הזמן והתארכות ההליכים מכבידים על מציאת סידור אופטימלי לקטין שהוריו הביולוגיים חסרים מסוגלות הורית וטובתו מחייבת את ניתוק הקשר עם הוריו הביולוגיים לשם יצירת קשר משפחתי חדש, מתמשך ויציב, להבטחת התפתחותו ושלומו. ככל שהילד התגלגל במשך זמן ארוך יותר במוסדות שונים וככל שגילו גבוה יותר, כן פוחתים סיכויי אימוצו או יכולת שיקומו במשפחה חדשה.[49] דווקא עקב היות גורם הזמן כה מרכזי לצורך השמת ילד והבטחת שלומו נמצאות רשויות הרווחה פעמים הרבה בין הפטיש של שמירת הקשר המשפחתי לבין הסדן של הבטחת שלומו של הילד לעתיד.

---

47. ע"א 3199/90 **פלונים נ' הי"מ**, לעיל הערה 43; ע"א 3236/90 **פלונים נ' הי"מ**, לעיל הערה 42.

48. ע"א 3236/90 **פלונים נ' הי"מ**, שם, בע' 469. במקרה זה גורס בית־המשפט, שאילולי גורם הזמן, המונע ביום הדיון את אפשרות ההסדר החלופי, היה מקום לשקול את הסדר האומנה בבית ההורים האומנים, שבו נמצאת האחות הקטינה.

49. ע"א 3199/90 **פלונים נ' הי"מ**, לעיל הערה 43. על התופעה ראו מבקר המדינה — דו"ח שנתי 43 (ירושלים — תשנ"ג) 441, 458 — 460, 460 — 465.

53.9 בפסיקה הישראלית הולכת ומתגבשת עמדה שלפיה אין אומנה או סידור קבוע מחוץ לבית (מוסד או מעון) מהווים תחליף ראוי לאימוץ. אומנה או סידור חלופי אחר יכולים לשמש הסדר זמני בלבד, ולא ישמשו כהסדר קבע או כפתרון לטווח ארוך. במיוחד אמורים הדברים כאשר מדובר בילד רך בשנים. אומנה אינה מקנה יציבות, זהות, השתייכות, ביטחון וקשר רגשי ומשפטי מתמשך ועמוק. אימוץ, לעומת זאת, הינו קשר משפטי דומה להורות ומהווה בסיס לתא משפחתי לכל החיים.[47]

יחד עם זאת, אין בית־המשפט שולל אפשרות של העדפת אומנה במקרים מסוימים.[48] הסדר של אומנה הינו הפיך, ואילו אימוץ הוא צעד בלתי־הפיך של ניתוק הקשר עם ההורים הביולוגיים. השיקול הוא לעולם אינדיווידואלי ויש להעמיד במרכזו את טובת הילד. במקרים שבהם מאפשר איזון האינטרסים שמירה על טובת הילדים יחד עם שמירת הקשר המשפחתי במסגרת האומנה, יש מקום לשקול חלופה זו. השיקולים שיש להביאם בחשבון הם, בין היתר: אופי ההורים האומנים, אופי הקשר האפשרי עם ההורים הביולוגיים ובני משפחה אחרים של המשפחה הביולוגית, יכולת השמירה על הקשר האמור וסוג הטעם המחייב את הוצאת הילדים.

54.9 כבר ראינו כיצד יצירת עובדות בשטח עלולה להעמיד את בית־המשפט לפני עובדה מוגמרת, בניגוד לפתרון האופטימלי שהיה ניתן לבחור בו אילולי נוצרו עובדות כאמור. אולם מעבר הזמן ללא פעולה נחושה מצד הרשויות עלול לסכל כל אפשרות לשיקום הילד ולהבטחת עתידו. בעניין זה ניצבות הרשויות המוסמכות לפני חלופות קשות. מצד אחד, עליהן לנהוג זהירות מרובה, כדי למנוע ניתוק מן המשפחה הביולוגית כל עוד יש סיכוי כלשהו לשקם את הקשר המשפחתי. מצד אחר, מעבר הזמן והתארכות ההליכים מכבידים על מציאת סידור אופטימלי לקטין שהוריו הביולוגיים חסרים מסוגלות הורית וטובתו מחייבת את ניתוק הקשר עם הוריו הביולוגיים לשם יצירת קשר משפחתי חדש, מתמשך ויציב, להבטחת התפתחותו ושלומו. ככל שהילד התגלגל במשך זמן ארוך יותר במוסדות שונים וככל שגילו גבוה יותר, כן פוחתים סיכויי אימוצו או יכולת שיקומו במשפחה חדשה.[49] דווקא עקב היות גורם הזמן כה מרכזי לצורך השמת ילד והבטחת שלומו נמצאות רשויות הרווחה פעמים הרבה בין הפטיש של שמירת הקשר המשפחתי לבין הסדן של הבטחת שלומו של הילד לעתיד.

---

47. ע"א 3199/90 **פלונים נ' הי"מ**, לעיל הערה 43; ע"א 3236/90 **פלונים נ' הי"מ**, לעיל הערה 42.

48. ע"א 3236/90 **פלונים נ' הי"מ**, שם, בע' 469. במקרה זה גורס בית־המשפט, שאילולי גורם הזמן, המונע ביום הדיון את אפשרות ההסדר החלופי, היה מקום לשקול את הסדר האומנה בבית ההורים האומנים, שבו נמצאת האחות הקטינה.

49. ע"א 3199/90 **פלונים נ' הי"מ**, לעיל הערה 43. על התופעה ראו מבקר המדינה — דו"ח שנתי 43 (ירושלים — תשנ"ג) 441, 458 — 460, 460 — 465.

הסדר מקרקעין, הקניה נפרדת לבעל של חלקות שנרכשו במקורן במאמץ משותף והוקמה עליהן דירת־מגורים. בני־הזוג המשיכו לחיות במשותף על אותן חלקות במשך שלושים וחמש שנה לאחר ההקניה הנפרדת. לאור זאת קבע בית־המשפט בסכסוך בין יורשי ההורים, כי השיתוף חזר והקיף חלקות אלה.

58.9 יחס גמיש זה, מתוך גישה מרחיבה של עקרון שיתוף הנכסים, מעמיד בסימן־שאלה את ההלכה שלפיה מצויים קווי־גבול חדים וברורים בין רכוש הנכלל בשיתוף, בדרך־כלל זה שנצבר במהלך הנישואין, לבין רכוש שאינו נכלל בשיתוף, למשל רכוש שהגיע לפני הנישואין. בעבר היתה הגישה להלכה זו נוקשה, ואף־על־פי שהלכת השיתוף ניזונה מכוונות הצדדים כפי שהן מתפרשות על־ידי בית־המשפט, ובית־המשפט הסיק מסקנות מהתנהגות הצדדים גם כלפי רכוש "נפרד", היתה נקוטה בעניין זה גישה יותר טכנית ופורמלית במידת־מה.

59.9 עם ההתפתחויות שחלו בהלכת השיתוף בסוגיות שונות, ובמיוחד חדירת התפישה המרחיבה והמהותית, חל שינוי גם בדפוסי־החשיבה בתחומים אלה. תחילתה של מגמה זו מתייחסת לדירת־מגורים. בית־המשפט הסתפק בהוכחה מינימלית, כגון משך נישואין משמעותי, לשם הסקת שיתוף גם בדירה שרכש אחד מבני־הזוג לפני הנישואין.[53] בכך הולכת הלכת עובדיה בתלם חרוש. החידוש של פסק־דין עובדיה הוא, כי השיתוף הוכר מחדש לגבי נכס מסוים אף־על־פי שבשלב כלשהו היתה כוונה ספציפית להוצאתו מכלל השיתוף. אולם ההנמקה ה"נדיבה" יותר מבשרת את הרחבת הגישה. עוד בפרשת נתן[54] פירש בית־המשפט נסיבות של חיי נישואין מקובלים, כגון משך נישואין ארוך והיעדר הפרדה בנכסים, ככוונה לשיתוף גם בנכס עסקי שנרכש לפני הנישואין. באחרונה התבססה במפורש הרחבה זו, שלפיה, גם רכוש עסקי שהגיע לאחד מבני־הזוג לפני הנישואין עשוי להיראות כמשותף בנסיבות מסוימות של מהלך החיים המשותפים:[55]

> "בכל אותם המקרים, בהם משתכנע בית־המשפט שחלה על בני הזוג חזקת השיתוף לגבי הנכסים שנרכשו במהלך נישואיהם, ומסתבר כי התכוונו השניים ליצור שיתוף מלא ברכושם, אזי יש להניח, כי כוונה זו ככלל אינה מוגבלת לרכוש שנצבר לאחר עריכת הנישואין. הרוב המכריע של זוגות נשואים אינם עורכים לדעתי חשבונות כאלה, ואינם מנהלים 'פנקסנות' בדבר הנכסים שכל אחד מהם רכש לפני החתונה."

60.9 במקרה זה הוחלה חזקת השיתוף על נכס עסקי שנרכש לפני הנישואין. המקרה נגע בחנות בשכירות מוגנת. דמי־השכירות שולמו מכספים הנחשבים

---

53. ע"א 324/80 גדסי נ' גדסי, פ"ד לו(2) 645; ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, לעיל הערה 51.
54. ע"א 663/87 נתן נ' גרינר, פ"ד מה(1) 104. כאן עבדה האשה יחד עם הבעל בעסק נשוא הסכסוך.
55. ע"א 2280/91 אבולוף נ' אבולוף (טרם פורסם).

לנכסים משותפים. האשה, התובעת, עבדה בחנות בלי לקבל שכר ואורח החיים של בני־הזוג העיד על קיום חזקת שיתוף כללית ביחס לרכושם. אף־על־פי שהנסיבות במקרה זה הן שהובילו למסקנה האמורה, התוצאה מרחיקת־לכת כהלכה עקרונית וכללית לגבי נכסים שנרכשו לפני הנישואין.

למעשה, התפתחות זו היא צעד הגיוני ומתחייב מדרך ההתפתחות של ההלכה. בית־המשפט לא אימץ את ההבחנה בין סוגי נכסים (פרטיים ועסקיים) לעניין התחולה של חזקת השיתוף,[55א] וממילא אין שום הצדקה להחיותה מחדש לצורך הקביעה של היקף השיתוף. גם ההיגיון הכלכלי והחברתי של הלכת השיתוף — כחלק מן המאמץ המשותף במובנים הרחבים יותר, כמו גם הרחבתה של תודעת השיתוף של חיי המשפחה — הוביל לתוצאה מרחיבה. הרכוש של המשפחה הוא, בדרך־כלל, מקשה אחת, ונסיבות מיוחדות המפריכות זאת או תפישה אחרת של בני־זוג מסוימים טעונה הוכחה מיוחדת. בשנים האחרונות שולם לעקרון ההפרדה ולדרישה להוכחה מפורשת של שיתוף בנכסים שנרכשו לפני הנישואין מס־שפתיים בלבד, אך למעשה הסתפקו במקרים רבים בהוכחה מאותו סוג שמקים את הלכת השיתוף.[55ב]

61.9 אם חידוש עקרוני־אנליטי אין כאן, מגמה חדשה וכיוון חדש, הלכה למעשה, יש כאן. והואיל ומבחנו של תחום שיתוף הנכסים הינו, בשלב זה של התפתחות ההלכה, בעיקר בתוצאות המעשיות, יש למגמה זו משמעות לא־מבוטלת. משמעות זו מתייחסת הן ליתר שוויון בכוח המיקוח של בני־הזוג והן ליכולת ההשתקמות של כל אחד מבני־הזוג לאחר הגירושין.

אין פירוש הדבר שסתירת החזקה אינה אפשרית. אפילו לגבי דירת־מגורים ניתנת סתירה כזו להוכחה. במקרה שהוכחו בו יחסים של הפרדה מוחלטת במשך שנים רבות נסתרת החזקה אפילו לגבי דירת־מגורים.[56] גם במקרה שהנתונים מצביעים בו על אופי מסוים של חיי נישואין, כמו גם על נסיבות המצביעות על הפרדה, תיסתר החזקה. כך, למשל, בנישואין שניים בגיל מבוגר, כשלבני־הזוג ילדים מנישואין קודמים, שבמהלכם (של הנישואין השניים) נערכו הסדרים מפורטים בכתב בין הבעל לבין האשה וילדיה להבטחת עתידה הכלכלי (הבטחה שלמען השגתה נערכו הנישואין), נקבע כי החזקה נסתרה.[57] ההסדרים הספציפיים בכתב, הן לפי לשונם (התחייבות לא לתבוע דבר מנכסי הבעל) והן בנסיבות עשייתם (העברת כספים לאשה להבטחת עתידה), נחשבו כממצים את ההסדר הרכושי בין בני־הזוג. למרות משך הנישואין הארוך (שלושים וארבע שנים),

---

55א. ראו ע"א 122/83 **בסיליאן נ' בסיליאן**, פ"ד מ(1) 287; ע"א 663/87, **נתן נ' גרינר, לעיל** הערה 54, בע' 109; ע"א 428/89 **נופרבר נ' נופרבר, לעיל הערה 29**; ע"א 2280/91 **אבולוף נ' אבולוף**, שם.

55ב. ע"א 663/87 **נתן נ' גרינר**, שם.

56. ע"א 1019/90 **יעקובי נ' עזבון יעקובי**, פ"ד מה(2) 431.

57. ע"א 2742/90 **אהרונוב נ' עיזבון אהרונוב**, פ"ד מה(3) 159.

שימשו עובדות אלה, בתוספת הנסיבות הראשוניות לעיל והוכחת עובדות המצביעות על כוונת הפרדה בחיים וברכוש, כסתירת החזקה, או, לחלופין, כוויתור על הזכות. הימנעות מתביעת הזכות, כשההימנעות נובעת מהתחייבות מפורשת, מהווה ויתור. לעומת זאת, הימנעות מתביעת הזכות לאחר הפטירה בנסיבות רגילות אינה משמשת הוכחה לוויתור.[58]

62.9 כבר ראינו כי לא זו בלבד שנכסים עסקיים כלולים בהלכת השיתוף, אלא שדינם כדין דירת־המגורים לעניין תחולת ההלכה גם על נכסים שנרכשו לפני הנישואין. ההלכה שרווחה כביכול, שלפיה מחייבת תחולה של הלכת השיתוף על נכסים עסקיים הוכחה נפרדת של דבר־מה נוסף או ראיה של ממש, שבקה חיים. למעשה, היא לא היתה מעולם בעלת משמעות. בתי־המשפט הסתפקו גם בעבר במכלול הנסיבות של חיי בני־הזוג כדי לקבוע את תחולת ההלכה.[59]

הרחבת סוגי הנכסים הכלולים בשיתוף באה בצד הרחבה של היקף הנכסים הכלולים בו. כבר בעבר נקבע כי פוליסות לביטוח־חיים הן נכס משותף.[60] מוניטין של עסק הוא נכס שיתוף.[61] תשלומים סוציאליים שמשלם מעביד למען עובדו מהווים גם הם חלק מהרכוש המשותף.[62] לפיכך, פיצויי פיטורין הם נכס של שיתוף[63] וגם תשלומי פנסיה, בין אלה שכבר גמלו[64] ובין אלה שטרם גמלו, דהיינו, אלה שמועד שכלולם, וממילא גם מועד תשלומם, הוא לעתיד לבוא,[65] יתחלקו בין בני־הזוג. פסיקה חדישה זו מבטלת פסיקה קודמת, שגישתה לגבי היקף הנכסים הכלולים בשיתוף היתה מצומצמת יותר ובלתי־מוצדקת.[66] ביטולה של פסיקה קודמת זו מכליל סכומי כסף שמקורם בהיוון גמלה, כמו גם פוליסות מנהלים, בנכסי השיתוף.[67]

מועד המימוש של בן־הזוג השותף בזכויות פנסיה שלא גמלו עדיין יידחה למועד גמילתה של הזכות ויהיה במועד המימוש של בן־הזוג הזכאי לפנסיה או

---

58. ע"א 663/87 **נתן נ' גרינר**, לעיל הערה 54.
59. **שם**; בע"א 2280/91 **אבולוף נ' אבולוף**, לעיל הערה 55, מצוין, כי ההבדל הוא בנטל ההוכחה הנדרש *לסתירת* החזקה לגבי כל אחד מסוגי הנכסים. הנטל לסתירת החזקה יהיה קל יותר לגבי נכס שנרכש לפני הנישואין, אם כי הכל יהיה תלוי בנסיבות של חיי הנישואין.
60. ע"א 724/83 **בר נתן נ' בר נתן**, פ"ד לט(3) 551.
61. **שם**.
62. ע"א 809/90 **לידאי נ' לידאי**, פ"ד מו(1) 602, 609 — 610.
63. ע"א 841/87 **רון נ' רון**, פ"ד מה(3) 793; ע"א 809/90 **לידאי נ' לידאי**, **שם**.
64. ע"א 841/87 **רון נ' רון**, **שם**.
65. ע"א 809/90 **לידאי נ' לידאי**, **לעיל** הערה 62.
66. **רוזן־צבי**, **לעיל** הערה 21, בע' 487.
67. ע"א 841/87 **רון נ' רון**, **לעיל** הערה 63, בע' 798; ע"א 809/90 **לידאי נ' לידאי**, **לעיל** הערה 62, בע' 609ז — 610.

לתגמולים.[68] השיתוף בזכות הפנסיה יכלול את הכספים שהצטברו בקופות מיום התחלת הצבירה (או ממועד הנישואין ואילך, אם התחלת הצבירה היתה לפני־כן) ועד למועד הפסקת השיתוף בנכסים.[69]

63.9 לתחום זה של הרחבת השיתוף ניתן לשייך גם את ביסוס הכלל שלפיו חשבון משותף בין בני־זוג יוצר חזקה של זכות משותפת או של חובה משותפת, הכל לפי העניין, בחלקים שווים. עם הפקדת הכסף בחשבון המשותף, מביעה ההפקדה את כוונת השיתוף, ומקורו של הכסף המופקד אין לו נפקות.[70] עקרון המיזוג והעירוב של כספים בתוך קרן משותפת או עקרון ההתבוללות של רכוש[71] משפיעים על ההלכה. לפי הלכה זו, חשבון שהוסכם עליו, במפורש או מכללא, שהוא משותף, אין עוד נפקות לשאלות מי הזרים כספים, כמה ומתי. הדברים כפופים כמובן לכוונת הצדדים במקרה מסוים, כפי שהיא מתפרשת על־פי דיני החוזים והקניין.

פעולה חד־צדדית של אחד השותפים, המעבירה רכוש משותף לחשבון מסוג אחר, חיסכון, למשל, או לחשבונו הנפרד, אינה משנה את הזכות. זו ממשיכה להיות משותפת. המעביר ייחשב למי שמחזיק בשביל האחר מחצית מן הכספים הנמצאים עתה בחשבונו הנפרד, כביכול. רק אם התנהגות הצדדים מלמדת על כוונה אחרת תינתן נפקות לכוונה זו. בהיעדר ראיות המטות את הכף לכיוון אחר, ייראו בני־זוג שלהם חשבון משותף כנוהגים על־פי הדפוס האמור.

64.9 חלוקת הרכוש, הן במשטר של שיתוף נכסים והן במשטר של איזון משאבים, מחייבת חלוקת המסה כולה. רק קיבוץ כל הנתונים על הנכסים הכלולים באיזון ועל שוויו של כלל הרכוש וחלוקה כוללת של כלל המשאבים[72] מהווה יישום ההוראות של חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג — 1973. חלוקה פרטנית ונפרדת אינה עונה על דרישת האיזון העומדת בבסיס ההסדר. אם כי אין מביאים בחשבון נכסים שאבדו או שאינם נמצאים כבר בידי בעל־דין מטעמים שונים, למעט במקרים שהובררו או הועלמו במטרה למנוע את חלוקתם.[73]

6. מזונות בין בני־זוג: בין הדין הדתי להסדר האזרחי

65.9 שאלת היחס בין הדין האישי, הדין הדתי, לבין החקיקה האזרחית בסוגיית המזונות נידונה בפרשת חקק.[74] בפרשה זו הוכרעה מחלוקת מלומדים

---

68. ע"א 809/90 לידאי נ' לידאי, לעיל הערה 62, בע' 611.
69. ע"א 841/87 רון נ' רון, לעיל הערה 63, בע' 798; ע"א 809/90 לידאי נ' לידאי, שם, בע' 611.
70. ע"א 655/89 מטלון (כץ) נ' כץ, פ"ד מה(3) 845.
71. ע"א 686/85 מערבי נ' מערבי, פ"ד מ(2) 631, 635.
72. ע"א 1229/90 חנוך נ' חנוך, פ"ד מה(5) 584.
73. ע"א 735/89 נתיב נ' נתיב, פ"ד מה(3) 3.
74. ע"א 596/89 חקק נ' חקק, פ"ד מה(4) 749.

והוסרה, במידה מסוימת, מבוכה פסיקתית, שתחילתה סמוך לאחר קבלת החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון), תשל"ו — 1976, שהוסיף את סעיף 2א לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט — 1959.

בית־המשפט המחוזי קבע שאין להביא בחשבון, לצורך חיוב הבעל במזונות, את ההכנסות שתקבל האשה מרכושה. לפיכך חויב הבעל בדמי־המדור של האשה כחלק ממזונותיה. השאלה המרכזית בערעור נסבה על תוקפו והיקפו של סעיף 2א לחוק, הקובע:

"על אף האמור בחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א — 1951, בקביעת מידת המזונות שאדם חייב לספק לבן־זוגו רשאי בית המשפט להתחשב בהכנסותיו של בן זוג מעבודה ומנכסים, ואם ראה לנכון — גם מכל מקור אחר."

הערעור התקבל. בית־המשפט העליון קבע שיש להביא בחשבון, לצורך המזונות, את הכנסת האשה מן הדירה, ולכן בטל החיוב בסכום שהיה מיועד לדמי־המדור.

אולם מאחורי התוצאה האחידה מסתתרות הנמקות שונות, שיש להן נפקות לגבי הדין שיחול בנסיבות שונות. לדעת הרוב, היקף תחולתו של סעיף 2א צר יותר. הוראות הסעיף יחולו תוך התאמה לדין האישי וכל עוד הוא מאפשר זאת. לעומת זאת, לדעת הנשיא מ' שמגר, בדעת־מיעוט, היקף תחולתו של סעיף 2א רחב.

66.9 השופט מ' אלון, שאליו מצטרפים שלושה שופטים נוספים מן ההרכב, מציג את דעת־הרוב. גישת הרוב היא בעלת שתי קומות:

בקומה הראשונה נותנת דעת־הרוב ביטוי למרכזיותו של הדין האישי בהסדר מזונות של אשה וילדים ולהוצאת התחולה של כל הוראות החוק במקרים שהדין האישי מסדיר בהם את סוגיית המזונות. במסגרת זאת שולל הרוב את ההבחנה בין הוראות פרוצדורליות לבין הוראות מהותיות שבחוק העיקרי.[75] הבחנה זו לא התקבלה גם בעבר על דעת בית־המשפט העליון ונותרה דעת־מיעוט.[76]

לדעת הרוב, לא נועד חוק המזונות, מבחינת תכליתו, להסדיר את ענייני המזונות בין בני־הזוג כמו גם את חובת ההורים במזונות ילדיהם הקטינים כאשר הסדרם נעשה במסגרת הדין האישי, מאחר שעניינים אלה עשויים לבוא על סיפוקם הצודק בדרך זו. עיקר מגמתו וחידושו של החוק הוא בהרחבת חוג בני המשפחה החייבים בסיפוק מזונות והזכאים לקבל מזונות.[77]

---

75. לעניין ההבחנה בין ההוראות המהותיות לפרוצדורליות, מסייג השופט ד' לוין את הצטרפותו לדעת הרוב ונוטה לחשוב כמו הנשיא, מ' שמגר, כי הוראות פורמליות שבחוק העיקרי תהיה להן נפקות גם כלפי צדדים שיש להם דין אישי כמפורט בסעיף 2(א) לחוק. ראו שם, בע' 782.

76. ראו ע"א 779/76 **שוחט נ' שוחט**, פ"ד לב(1) 580; ע"א 13/78 **ספורטה נ' ספורטה**, פ"ד לב(2) 709; ע"א 250/93 **עומרי נ' זועבי**, פ"ד לט(2) 113; ע"א 610/88 **קופלוביץ נ' קופלוביץ**, פ"ד מג(1) 834.

77. ע"א 596/89 **חקק נ' חקק**, לעיל הערה 74, בע' 766.

בקומה השנייה מתייחס הרוב אל פרשנותו של סעיף 2א ואל היקף תחולתו לאור עמדתו הבסיסית, כי הוראות החוק אינן חלות על צדדים שעניינו המזונות שלהם מוסדרים על־ידי הדין האישי. ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 2א, יחד עם תכליתו, כפי שהיא עולה, בין היתר, מן השוני בין הצעת־החוק לבין הנוסח שהתקבל על־ידי הכנסת,[78] מביאות את הרוב למסקנה שסעיף זה חל על כל המתדיינים, מצד אחד, אך תחולתו היא במסגרת פרשנית מצומצמת, מצד אחר.

67.9 לדעת הרוב, השיג המחוקק שתי תכליות בתיקון שהוסיף את סעיף 2א: האחת, שמירה עקבית על העיקרון שנקבע עם חקיקת חוק המזונות, בסעיף 2 של החוק, והוא, כי בסוגיית החיוב במזונות בין בני־זוג יחול דינם האישי בלבד. האחרת, תיקון השגגה שיצאה בעקבות חקיקת סעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה, על־פי הפרשנות של בית־המשפט העליון, על־ידי החזרת הדין האישי המקורי, שלפיו, בקביעת שיעור המזונות שהבעל חייב לספק לאשתו יש להתחשב בהכנסתה של האשה מנכסיה. למעשה ולהלכה, השגת המטרה השנייה מחזקת את העיקרון שבמטרה הראשונה.

מקור ה"תקלה", בעקבות הפסיקה, המפלה בין אשה עשירה למי שמשתכרת בעמל כפיה מצוי בחוק שיווי זכויות האשה. סעיף 2א לחוק בא לתקן — מבחינה עיונית, אף אם לא פורמלית, בעקיפין, אף אם לא במישרין — את חוק שיווי זכויות האשה.

מתוך שתוקן חוק שיווי זכויות האשה כאמור, ממילא "השתחרר" הדין העברי מעולה של "התקרית" שאירעה — באשר לחישוב דמי־מזונות האשה — מכוחו של חוק שיווי זכויות האשה, כפי שהתפרש על־ידי בית־המשפט העליון, וחזרה עטרת המשפט העברי ליושנה במתכונתה המקורית. אמור מעתה, בקביעת שיעור המזונות שהבעל חייב לספק לאשתו יש להביא בחשבון את הכנסות האשה מעבודתה ומנכסיה משום שכך הוא לפי הדין האישי, ולא משום שכך אמור בסעיף 2א לחוק המזונות.

באשר לאמור בסעיף 2א בעניין הכנסות מכל מקור אחר (שאינו הכנסה מעבודה או מרכוש), שאלה זו אינה עולה כאן. אם תתעורר, היא תידון לפי המשפט העברי, כמחויב על־פי החוק וכרצוי לשם פתרונה הצודק.

מסקנתו של הרוב היא, שכאשר מדובר בבני־זוג שחל עליהם דין אישי, כגון במקרה שבו בני־הזוג הם יהודים וחלים עליהם דיני המשפט העברי, יש לדון בקביעת דמי־המדור שהאשה זכאית להם לפי המשפט העברי, פמות שהוא, ללא הגבלה מכוחו של סעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה. לפי דיני המשפט העברי יש

---

78. בחוק שהתקבל בכנסת נשמטו ההוראות שהיו בהצעת־החוק ושמטרתן היתה לתקן את הסעיפים 2(א) ו־19 ולהוסיף אחרי המילים "והוראות חוק זה לא יחולו עליהן" או אחרי המילים "חוק זה", את המילים "למעט סעיף 2א". שינוי נוסף מהצעת־החוק לעומת החוק המתוקן הוא, שבראש סעיף 2א הוספו המילים: "על אף האמור בחוק שיווי זכויות האשה", שלא היו בהצעת־החוק.

להביא בחשבון את הכנסותיה של האשה מנכסיה, היינו, פירות נכסי מלוג, במסגרת חיוב דמי־מדור.

68.9 הנשיא מ' שמגר תוקף את הקומה הראשונה של דעת הרוב. לדידו, לא התכוון החוק העיקרי לייתר את תחולת רוב הוראותיו כל אימת שחל על הצדדים דין אישי. הסייג בסיפא לסעיפים 2(א) ו־3(א) לחוק, שלפיו צדדים שחל עליהם דין אישי אין הוראות החוק חלות עליהם, פניו רק להוראות הדנות בקביעת *חובת המזונות*. כל ההוראות האחרות בחוק, שאינן דנות בעצם ההטלה של חובת מזונות, חלות גם על צדדים שחל עליהם דין אישי. לדעתו, לא יעלה על הדעת שעל צדדים יהודיים המתדיינים בבית־המשפט האזרחי לא יחולו סעיפים שעניינם הסכם מזונות[79] (סעיף 12 לחוק), כללי משפט בינלאומי פרטי (סעיף 17), מזונות זמניים (סעיף 10), הוראות הסמכות (סעיף 18) וסעדים בעניין קיזוז, שעבוד ועיקול הזכות (סעיף 14).

הנשיא שמגר דוחה את הגישה הפרשנית של הרוב לתחולתו של סעיף 2א על צדדים שהדין האישי חל עליהם. הוא מבכר להשיג בדרך אחרת את התכלית החקיקתית האמורה, שלפיה יחול סעיף 2א על כל הזכאים למזונות על־אף האמור בסיפא לסעיף 2(א). לאור הקשרו החקיקתי ולאור מטרת חקיקתו, יש לראות את סעיף 2א *כחלק אינטגרלי* של סעיף 2(א), שמלותיו הופרדו מן ההוראה הבסיסית שבסעיף 2(א) אך ורק בשל טעם ניסוחי־טכני.

> "המחוקק ביקש לשלב לתוך סעיף 2(א) הוראה הנשענת, *לפחות בחלקה*, על הוראות העולות מן הדין האישי... הכוונה הברורה והגלויה הייתה להחיל את האמור בסעיף 2א גם על ענייניהם של אלו אשר עליהם חל דין אישי, שהרי טעמי יושר וצדק היו מונחים ביסוד חקיקתה של ההוראה, שכוונה מעיקרה לנסיבות בהן מדובר על בעלי דין אישי... במילים אחרות, ההוראה הסובסטאנטיבית שבסעיף 2א משתלבת בהוראה הסובסטאנטיבית שבסעיף 2(א) רישא והופכת לחלק ממנה. כל פירוש אחר מרוקן את הרישא של סעיף 2א מכל תוכן, שכן אין זה סביר לשער, כי המחוקק טרח לחוקקו רק בשל אי־שיוויון העולה מדין אישי אזוטרי בלתי מוכר, שרזיו ודאי אינם נהירים למחוקק... פרשנות זו אינה מייתרת את ההבחנה בין הוראות סובסטאנטיביות לבין פרוצדוראליות... הישימה לשאלת התחולה של הוראות החוק האחרות, לדוגמה סעיף 12."[80] (ההדגשה במקור — א' ר"צ.)

69.9 המחלוקת בין הנשיא שמגר לבין דעת הרוב כפולה: ראשית, לדעתו, חלות כל ההוראות ה"פרוצדורליות" של החוק על כל הצדדים המתדיינים לפני

---

79. בפסיקה הוחל סעיף 12 באופן עקבי ורצוף על הסכמי מזונות של קטינים יהודיים, ראו ע"א 508/70 נתוביץ נ' נתוביץ, פ"ד כה(1) 603; ע"א 109/75 אברהם נ' אברהם, פ"ד כט(2) 690; ע"א 716/75 בר־אור נ' בר־אור, פ"ד ל(2) 253; ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85.

80. ע"א 596/89 חקק נ' חקק, לעיל הערה 74, בע' 761.

בית־המשפט האזרחי, ואין הם פטורים מעולן של הוראות אלה. שנית, הוראת סעיף 2א חלה באופן ישיר ומכוחה היא, ואין ההסדר הכלול בה נקלט למשפט הנוהג רק דרך הדין הדתי, כדעת הרוב. הנפקות של עמדה זו היא, כי גם במקרה שבו אין ההסדר בדין הדתי מאפשר להתחשב בהכנסות בן־הזוג לצורך מזונות, תגבר ההוראה החקוקה בסעיף 2א על ההסדר בדין הדתי. לדעת הרוב, לעומת זאת, היקף תחולתו של סעיף 2א הוא כגילויו בדין הדתי, ולא יותר.

לכאורה, אין קשר בין שתי נקודות המחלוקת. גם מי שמאמץ את החלק הראשון בדברי הנשיא יכול לחלוק על החלק השני, ולהיפך.

70.9 אני סבור כי החלוקה בין סוגי הוראות שונים בחוק לשם קביעת היקף תחולתם אינה מבוססת.[81] עם זאת, אין בכך כדי לסתום את הגולל על עמדת הנשיא. ניתן להגיע לתוצאה הצודקת שהנשיא חותר אליה בעניין תחולתן של חלק נכבד מן ההוראות של החוק בדרכים אחרות ומנימוקים אחרים. לדעתי, יש לבחון כל אחת מן ההוראות של החוק בחינה מהותית ועניינית (ולא בחינה גורפת על־פי מבחן של מיון פורמלי מוקדם), ולהכריע באופן אינדיווידואלי בשאלה אם מן הראוי שהיא תחול גם בהתדיינות בין צדדים שחובת המזונות נחתכת לגביהם על־ידי הדין האישי.[82]

כך, למשל, תחול הוראת סעיף 12 לחוק על כל הסכמי המזונות לא מפני שזו הוראה פרוצדורלית, אלא דווקא משום שזו הוראה שיש לסווגה למסגרת דיני החוזים, ואין להשקיף עליה כמשתייכת לדיני מזונות במובן הצר. כידוע, דיני חוזים בין בני־זוג נידונים על־פי הדין האזרחי, ולא הדתי.[83]

גם סעיף 17, המחיל את כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, יחול על כלל המתדיינים, הואיל ועל־פי כללים יוריספרודנטליים מקובלים וכללי פרשנות ראויים, שאלת התחולה של כללי המשפט הבינלאומי הפרטי מקדימה את שאלת התחולה של ההוראות הפנימיות וקודמת לה.[84]

---

81. א' רוזן־צבי "החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) (תקון), תשל"ו — 1976 — האמנם תיקון?" **עיוני משפט** ה (תשל"ו — תשל"ז) 113.

82. בכך אני קרוב, על דרך ההקש, לעמדתו של י' אנגלרד, שלפיה תכלית החלוקה בין דינים מהותיים ופרוצדורליים, לצורך שאלת התחולה של הדין הדתי מזה לעומת המשפט האזרחי מזה, להיעשות על־פי מבחנים מהותיים בכל מקרה ומקרה, ולא לסמוך על חלוקה אפריורית מקובלת. ראו י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" **משפטים** ו (תשל"ה) 5, 10 ואילך.

83. ע"א 253/65 **בריקר נ' בריקר**, לעיל הערה 51, בע' 596; בג"צ 185/72 **גור נ' בית הדין הרבני**, פ"ד כו(2) 765; ע"א 384/88 **זיסרמן נ' זיסרמן**, פ"ד מג(3) 205. וראו לאחרונה בג"צ 1000/92 **בבלי נ' בבלי**, לעיל הערה 2.

84. מ' שאוה "היקף התחולה של כללי משפט בינלאומי פרטי בחוק המזונות" **עיוני משפט** טו (תש"ן) 195. דווקא הנשיא שמגר היה סבור אחרת לגבי התחולה של כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בפסק־דינו בע"א 610/88 **קופלוביץ נ' קופלוביץ**, לעיל הערה 76. אלא שהנשיא ראה עצמו אנוס להגיע לתוצאה כזו על בסיס

סעיף 10, שעניינו מזונות זמניים, הוא סעיף המופנה לבית־המשפט ומקנה לו כוח להעניק סעד־ביניים. יש לסווגו, לצורך תכלית זו, כהסדר פרוצדורלי, שאינו כפוף להסדרו של הדין האישי גם כאשר דין זה חל על השאלה העיקרית השנויה במחלוקת.[85]

71.9 גישה זו לא נדונה עדיין בבית־המשפט העליון. דעת־הרוב דחתה את החלוקה בין הוראות מהותיות לפרוצדורליות המבוססת על מיון מוקדם; ובדין עשתה כן. ההצעה שהועלתה כאן לעריכת בחינה אינדיווידואלית ועניינית של כל אחד מסעיפי החוק לא נידונה עדיין. הואיל וחלק־הארי של הסוגיות השונות שהובאו לעיל כבר הוסדרו בעבר בדרך מסוימת גם כאשר הדין הדתי חל על השאלה העיקרית (למשל, תחולת דיני חוזים על בני־זוג, דיני הפרוצדורה החלים בהתדיינויות בדיני משפחה וכיוצא באלה), איני רואה כל מניעה ליישום ההסדרים האמורים על דיני המזונות. סעיף 2(א) סיפא לא יעמוד למכשול בפני הסדרים אלה בדיוק כשם שתחולת הדין הדתי על סוגיה מסוימת לא עמדה למכשול בפני תחולת ההסדרים האזרחיים על כל אחת מן הסוגיות הספציפיות שנידונו במהלך הדיון לעיל.

מכל מקום, תהיה אשר תהיה העמדה הסופית, שתתקבל בסופו של דבר, התוצאה שבית־המשפט העליון הגיע אליה בההתמודדות מהותית עם הסוגיה, תוך אימוץ גישה פרשנית רחבה לסעיף 2א לחוק, נכונה ומוצדקת. מציאותם של הסדרים שונים, הנובעת מתחולה של שתי מערכות דינים במקביל, מחייבת התמודדות יצירתית החותרת להתאמה מהותית מקסימלית, להפחתת המצוקה ולהסדר צודק והולם.[86]

דעת הרוב, השוללת את תחולתן של כל הוראות החוק על צדדים שהדין האישי הוא המסדיר לגביהם את סוגיית המזונות. אם נפתח פתח להגיע למסקנה אחרת בלי להתנגש בדעת הרוב, אין ספק שהנשיא יבחר דרך כזו.

85. ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה 1341, 1344; ע"א 238/53 כהן נ' הי"מ, פ"ד ח 4, 19.

86. ראו בעניין זה רוזן־צבי, לעיל הערה 21, בע' 318.